



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VÍVIAN SALOMÃO IANELLI

**Análise empírica dos Atos de Concentrações verticais: como o Cade tem
endereço os efeitos unilaterais e coordenados em seus julgados?**

BRASÍLIA, DF

2019

VÍVIAN SALOMÃO IANELLI

**Análise empírica dos Atos de Concentrações verticais: como o Cade tem
endereço os efeitos unilaterais e coordenados em seus julgados?**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB)
como requisito parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da
Professora Doutora Amanda Athayde Linhares Martins
Rivera.

BRASÍLIA, DF

2019

VÍVIAN SALOMÃO IANELLI

Análise empírica dos Atos de Concentrações verticais: como o Cade tem endereçado os efeitos unilaterais e coordenados em seus julgados?

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da Professora Doutora Amanda Athayde Linhares Martins Rivera. Apresentada em 28 de novembro de 2019. **Banca Examinadora** constituída pelos seguintes:

Amanda Athayde Linhares Martins Rivera
(Orientador)

Ana Frazão
(Membro)

Juliana Oliveira Domingues
(Membro)

Eric Hadmann Jasper
(Suplente)

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma análise jurisprudencial dos efeitos concorrenciais unilaterais e coordenados alegados em votos vencedores no Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) entre 2014 e 2018, quando do julgamento de integrações verticais em Atos de Concentração (ACs). Foram considerados como ACs verticais aqueles que envolveram empresas atuantes em dois nichos de mercado diferentes, em uma mesma cadeia produtiva, não excepcionando a existência de sobreposições horizontais ou integrações conglomeradas entre elas, sendo identificados 38 ACs com integrações verticais, mas apenas 16 deles tiveram seus efeitos verticais detalhados pelo Tribunal do Cade. O presente estudo visa compreender os tipos de efeitos alegados pelo Tribunal do Cade, por meio de uma análise interpretativa, utilizando-se como base as definições presentes no Guia de Concentrações Não-Horizontais da União Europeia. Dos resultados mais relevantes do estudo, foram identificados principalmente efeitos unilaterais decorrentes de integrações verticais, sendo a categoria de discriminação a montante com efeitos a jusante a mais comum delas.

PALAVRAS-CHAVES: Ato de Concentração; integração vertical; Cade; efeito unilateral; efeito coordenado

ABSTRACT

This study presents a jurisprudential analysis of competitive effects, arising from vertical integrations in mergers, alleged in winning votes in the Tribunal of the Administrative Council for Economic Defense (Cade) between 2014 and 2018. For this research, it was considered as vertical mergers all of those cases that involved companies acting in two different levels of the same market chain, not excluding the existence of horizontal integrations and conglomerate relations. From the cases analyzed, 38 mergers were identified with vertical integrations, but only 16 of them had vertical effects detailed by the Tribunal. This research aims to analyze the kind of effects alleged by Cade's Tribunal, via an interpretative analysis, using the European Union Non-horizontal Merger Guidelines as a basis for the definitions used. Regarding the most relevant results of the study, the unilateral effects because of the vertical integration present in the cases were the most common effects identified, especially the upstream foreclosure.

KEY WORDS: Mergers; vertical integration; Cade; unilateral effects; coordinated effects

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Quantidade de Atos de Concentração verticais julgados pelo Tribunal do Cade entre 2014 e 2018.....	31
Gráfico 2 - Resultados de Atos de Concentração verticais entre 2014 e 2018.....	31
Gráfico 3 - Existência de sobreposições horizontais e efeitos conglomerados em ACs verticais	33
Gráfico 4 – Existência de efeitos concorrenciais decorrentes de integrações verticais entre 2014 e 2018.....	34
Gráfico 5 – Efeitos unilaterais e coordenados alegados pelo voto vencedor entre 2014 e 2018	36
Gráfico 6 – Tipos de efeitos unilaterais alegados no voto vencedor dos casos julgados entre 2014 e 2018	39
Gráfico 7 – Tipos de efeitos unilaterais entre 2014 e 2018.....	41
Gráfico 8 – Tipos de efeitos coordenados alegados no voto vencedor dos casos julgados entre 2014 e 2018	44

LISTA DE IMAGENS

Figura 1 - Efeitos unilaterais: Fechamento de Mercado e Subcategorias	23
Figura 2 - Metodologia de análise dos Atos de Concentração verticais	29
Figura 3 - Esquematização dos efeitos verticais identificados nos Atos de Concentração verticais entre 2014 e 2018.....	29
Figura 4 - Representação da tabela criada com 38 ACs verticais entre 2014 e 2018.....	30

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Relação de Atos de Concentração com efeitos unilaterais	39
Tabela 2 - Relação de Atos de Concentração com efeitos coordenados	45

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. PREMISSAS RELEVANTES PARA ANÁLISE DOS CASOS	14
1.1. DEFINIÇÃO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO VERTICAL	14
1.1.1. Doutrina internacional.....	14
1.1.2. Doutrina brasileira	17
1.2. DEFINIÇÃO DOS EFEITOS ANTICOMPETITIVOS ANALISADOS	19
1.2.1. Efeitos unilaterais – Tipo A.....	19
1.2.2. Efeitos coordenados – Tipo B	25
2. DADOS DA EVOLUÇÃO DA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO VERTICAIS PELO TRIBUNAL DO CADE	27
2.1. METODOLOGIA	27
2.2. ASPECTOS GERAIS DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO VERTICAIS JULGADOS PELO CADE ENTRE 2014 E 2018	31
2.3. EFEITOS VERTICAIS ALEGADOS PELO TRIBUNAL DO CADE NO JULGAMENTO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO VERTICAIS ENTRE 2014 E 2018....	38
2.3.1. Efeitos unilaterais	39
2.3.1.1. Relação dos casos analisados e os efeitos unilaterais alegados pelo Tribunal do Cade.....	39
2.3.1.2. Tipos de efeitos unilaterais alegados pelo Tribunal do Cade	41
2.3.2. Efeitos coordenados.....	44
2.3.2.1. Relação dos casos analisados e os efeitos coordenados alegados pelo Tribunal do Cade.....	44
2.3.2.2. Tipos de efeitos coordenados alegados pelo Tribunal do Cade.....	45

3. ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO VERTICAIS MAIS RELEVANTES COM EFEITOS VERTICAIS JULGADOS ENTRE 2014 E 2018	49
3.1. PRECEDENTES COM APENAS EFEITOS UNILATERAIS.....	49
3.2. PRECEDENTES COM APENAS EFEITOS COORDENADOS	55
3.3. PRECEDENTES COM EFEITOS UNILATERAIS E COORDENADOS	58
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	70

INTRODUÇÃO

No período de 2014 a 2018, o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Tribunal do Cade) atuou de forma intensa no controle de estruturas, julgando 81 Atos de Concentração. Neste período, o Cade avaliou casos com diferentes formatos de estruturação da operação: casos com relações horizontais¹, verticais² e conglomerais³. Consequentemente, cada formato gera, potencialmente, diferentes efeitos positivos e negativos à concorrência.

A atuação do Cade sob o chamado controle de estruturas, ou seja, sob a análise prévia das fusões, aquisições, criação de *joint ventures*, tanto na sua instância investigativa – Superintendência-Geral – quanto no Tribunal Administrativo, funciona como uma tentativa de manter ou aumentar o nível de concorrência no mercado atingido pela operação, por meio da criação de eficiências que incentivem o desenvolvimento tecnológico e a diminuição de preços aos consumidores.⁴

O período escolhido foi considerado razoável para encontrar uma quantidade suficiente de casos para demonstrar o entendimento do Tribunal do Cade. Ainda, no período selecionado, o Conselho foi amadurecendo em relação às suas normas e regulamentos⁵ e os Conselheiros que compõem o grupo de julgadores do Tribunal do Cade foram alterados⁶.

¹ De acordo com a OECD, as concentrações horizontais se referem a concentrações entre empresas que fabricam o mesmo tipo de produto. “Merger between firms that produce and sell the same products, i.e., between competing firms”. (OECD, p. 58)

² A OECD apresenta também a definição de integrações verticais como a concentração entre empresas que atuam em diferentes estágios de produção. “Merger between firms operating at different stages of production, e.g., from raw materials to finished products to distribution”. (OECD, p. 58)

³ A OECD define as concentrações conglomerais como a concentração entre empresas não relacionadas. “Merger between firms in unrelated business”. (OECD, p.58)

⁴ Esse controle prévio foi instaurado pela Lei n.º 12.529/11, Nova Lei da Concorrência, que determinou a preocupação do Conselho para com os possíveis efeitos que decorreriam das operações societárias recorrentes na economia, conforme o art. 88, §2º da referida Lei, que afirma que “**O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio** e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda”. Essa inovação diferencia-se do método de análise previsto na Lei n.º 8.884/94, na qual o controle de estruturas era realizado por um juízo posterior, de acordo com o art. 54, §4º da Lei 8.884/94, na qual “**Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização**, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SPE”.

⁵ Houve a criação do Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica em 2015; Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal em 2016; Guia de Remédios Antitruste em 2018, e outros.

⁶ Os seguintes Conselheiros atuaram no Tribunal do Cade: Ricardo Machado Ruiz (1º mandato 19/01/2010 a 18/01/2012 e 2º mandato 22/02/2012 a 21/02/2014); Alessandro Serafin Octaviani Luis (1º mandato 30/03/2011 a 12/08/2012 e 2º mandato 13/08/2012 a 12/08/2014); Ana de Oliveira Frazão (16/08/2012 a 15/08/2015); Eduardo

A regulamentação da análise dessas concentrações e a previsão dos possíveis efeitos nocivos à concorrência é geralmente apresentada por guias criados por agências antitrustes, como é o caso da *European Commission* (EC) – União Europeia⁷, *Department of Justice* (DOJ) e *Federal Trade Commission* (FTC) – Estados Unidos⁸ e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – Brasil⁹. O Cade apresenta um guia apenas sobre concentrações horizontais, enquanto as outras duas agências já padronizaram a análise de concentrações não-horizontais, ou seja, verticais e conglomerais. A União Europeia contém, dentre as normas apontadas, o guia mais atual para concentrações verticais, sendo ele a base para as premissas e definições utilizadas no decorrer desse trabalho.

Por ser um tema ainda em crescimento no Brasil, não foram encontradas pesquisas ou trabalhos que revelem a prática do Tribunal do Cade quando da análise de efeitos anticompetitivos decorrentes de integrações verticais. O presente estudo visa compreender essa prática, por meio de uma análise interpretativa dos efeitos alegados pelos votos vencedores de ACs verticais, utilizando-se como base as definições presentes no guia da União Europeia.

Foram considerados como Atos de Concentração verticais aqueles que tratassem de empresas atuantes em dois nichos de mercado diferentes, porém sendo integrantes de uma mesma cadeia produtiva, não excepcionando a existência de sobreposições horizontais ou integrações conglomerais entre elas. Essa definição será melhor detalhada no **Capítulo 1** deste trabalho.

A ideia do presente trabalho é mapear os principais efeitos alegados pelo Tribunal do Cade e como se deu a evolução da análise concorrencial desses casos. Com os resultados obtidos, será possível definir como a autarquia antitruste brasileira tem avaliado os efeitos concorrenciais verticais e quais os efeitos considerados mais prejudiciais à concorrência, possibilitando a identificação desses efeitos de modo mais eficaz. Considerando a atualidade do tema, já que o direito concorrencial é recente no Brasil – em comparação com outros países mais tradicionais no assunto –, ainda não há pesquisas que avaliem como o Tribunal do Cade

Pontual Ribeiro (16/08/2012 a 15/08/2014); Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo (20/01/2014 a 20/01/2018); Márcio de Oliveira Junior (16/01/2014 a 15/01/2017); Alexandre Cordeiro Macedo (09/07/2015 a 24/10/2017); João Paulo de Resende (15/07/2015 a 14/07/2019); Paulo Burnier da Silveira (17/07/2015 a 16/07/2019); Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt (16/09/2015 a 15/09/2019); Maurício Oscar Bandeira Maia (12/07/2017 a 11/07/2021); Polyanna Ferreira Silva Vilanova (06/11/2017 a 08/07/2019) e Paula Farani de Azevedo Silveira (19/02/2018 a 18/02/2022).

⁷ UE. “Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas”, 2008

⁸ US, DOJ. “Non-Horizontal Merger Guidelines”, 1984.

⁹ CADE. “Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal”, 2016.

tem analisado esses efeitos. Os estudos voltam-se à análise de remédios aplicados aos ACs – momento posterior à análise do Tribunal do Cade.

Em grande parte da doutrina e da jurisprudência, tanto nacional como internacional, uma das observações mais comuns no tema em questão se refere às eficiências trazidas pelas integrações verticais. É comum alegar que os ACs verticais são visados geralmente para ganhos de eficiência, como a geração de incentivo para redução de preços, já que há: integração dos ganhos das empresas envolvidas (a chamada internalização das margens comerciais duplas); adoção de medidas para aumentar o número de vendas; a diminuição dos custos de transação; melhora da coordenação e organização do processo de produção¹⁰. Contudo, em meio ao movimento para a modernização dos guias já existentes, o europeu e o americano, os doutrinadores têm se referido à necessidade de retirar o estigma de que as concentrações verticais são essencialmente favoráveis à concorrência.

No presente trabalho, não foram levadas em consideração as eficiências propostas pelas partes e avaliadas pelos Conselheiros. Isso porque a finalidade do estudo é a avaliação dos argumentos relacionados aos efeitos anticompetitivos decorrentes de ACs verticais. Além disso, doutrinadores, tanto americanos como europeus, defendem uma reanálise do peso concedido às eficiências frente aos efeitos negativos da operação.

Em crítica à desatualização do guia americano, James Langenfeld¹¹ citou o guia europeu como base para a reforma do guia estadunidense, afirmando que este apresenta uma análise da natureza dos benefícios e eficiências das concentrações verticais, de forma que não haveria uma presunção absoluta de existência de eficiências. Por outro lado, Steven C. Salop¹² apresentou críticas ao próprio guia europeu. Dentre elas, afirmou que o entendimento de que as eficiências

¹⁰ Essas hipóteses são elencadas no guia europeu de controle de concentrações verticais: “A integração de actividades ou de produtos complementares numa única empresa pode gerar ganhos de eficiência significativos e ser pró-concorrencial. (...) A integração vertical pode assim proporcionar um maior incentivo para tentar reduzir os preços e aumentar a produção visto que a empresa integrada pode obter uma parte maior dos ganhos. Refere-se, neste caso, à «internalização das margens comerciais duplas». De forma semelhante, outras medidas destinadas a aumentar as vendas a um determinado nível da cadeia de abastecimento (por exemplo, melhorando o serviço ou reforçando a inovação) podem proporcionar maiores vantagens a uma empresa integrada, que tomará em consideração as repercussões positivas obtidas a outros níveis da cadeia. A integração pode também diminuir os custos de transacção e permitir uma melhor coordenação em termos de concepção dos produtos, de organização do processo de produção e das modalidades de venda dos produtos”.

¹¹ LANGENFELD, James. “The need to revise the U.S. non-horizontal merger guidelines”, 2016, Concurrences N° 4-2016, On Topic, What is Trump Antitrust? Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2018/08/ftc-2018-0053-d-0015-154987.pdf

¹² SALOP, C. Steven. “Modernizing the vertical merger guideline”, 2019, CPI Antitrust Chronicle, Competition Policy International.

são um caráter intrínseco das integrações verticais remonta uma concepção econômica defasada¹³.

A referência às eficiências fez-se necessária para que seja demonstrada a existência de uma contrapartida aos efeitos verticais, que pode ser utilizada pelo Tribunal do Cade para aprovar casos, mesmo que contenham preocupações concorrenciais dessa natureza. Considerando essa nova maneira de compreender as relações verticais, o presente trabalho ganha ainda mais importância, pois será possível compreender quais os principais efeitos competitivos alegados pelo Tribunal do Cade, servindo como base para essa nova metodologia de análise, retirando a premissa de existência de eficiências capazes de suprir os problemas concorrenciais.

A partir da pesquisa feita, o trabalho está estruturado da seguinte forma: o **capítulo 1** trará as premissas básicas utilizadas para caracterizar e setorizar os efeitos concorrenciais analisados; o **capítulo 2** tratará dos aspectos gerais dos Atos de Concentração verticais analisados e também aprofundará os efeitos concorrenciais decorrentes de integrações verticais alegados pelo Tribunal do Cade entre o período de 2014 e 2018, dividindo-se em efeitos unilaterais e efeitos coordenados; por fim, o **capítulo 3** trará um resumo dos principais precedentes julgados no período em questão, avaliando-se os efeitos de forma mais específica, dividindo-se pelo tipo de efeito existente (apenas efeitos unilaterais, apenas efeitos coordenados, ambos os efeitos).

¹³ “The claim that vertical mergers are invariably efficient and procompetitive is a vestige of outdated economic analysis. Oligopoly, high concentration, and market power are common today, as are technological and network-effects entry barriers. In our modern economy, vertical and complementary product mergers present heightened concerns. Vigorous vertical merger enforcement is necessary to protect a vibrant competitive process, innovation, and consumer welfare”. (SALOP, 2019, p. 6)

1. PREMISSAS RELEVANTES PARA ANÁLISE DOS CASOS

Este Capítulo visa definir os conceitos mais relevantes para a estruturação da pesquisa de jurisprudência que será apresentada nos Capítulos seguintes. Em primeiro lugar, foram apresentadas definições de ato de concentração vertical (1.1), tanto na seara internacional (1.1.1) como na brasileira (1.1.2), utilizadas para definir o escopo da pesquisa. Em seguida, foram aprofundados os efeitos específicos decorrentes das integrações verticais já explanadas (1.2), sendo divididos em unilaterais (1.2.1) e coordenados (1.2.2), partir de conceitos nacionais e internacionais.

1.1. DEFINIÇÃO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO VERTICAL

O presente trabalho, como já apresentado na Introdução, tem como finalidade tratar dos efeitos anticompetitivos alegados pelo Tribunal do Cade em Atos de Concentração vertical. Contudo, antes de adentrar nos efeitos, é importante delimitar quais casos foram considerados “Atos de Concentração verticais” a partir de uma compreensão da doutrina internacional (1.1.1.) e nacional (1.1.2.) do tema.

1.1.1. Doutrina internacional

Dentre os principais documentos utilizados nesse trabalho para basear a pesquisa está o Guia de Concentrações Não-Horizontais da União Europeia. Nesse guia, encontra-se a definição dos principais tópicos do controle de concentrações verticais e conglomerais, diferentemente do que ocorre no Brasil, que até o momento apresenta apenas um Guia para os Atos de Concentração horizontais, conforme será explorado no item (1.1.2).

Apesar do guia brasileiro conter algumas menções aos casos verticais, o guia europeu e o estadunidense, que será abordado ainda nessa seção, aprofundam no tema das integrações verticais, de forma que a delimitação de critérios e efeitos dessas relações entre empresas seja facilitada. Segundo o guia europeu, as concentrações verticais:

“Dizem respeito a empresas que desenvolvem actividades a níveis diferentes da cadeia de abastecimento. Por exemplo, quando um fabricante de um determinado produto (a «empresa a montante») efectua uma fusão com um dos seus distribuidores («a empresa a jusante»), trata-se de uma concentração vertical” (GUIA, 2008, parágrafo 4)¹⁴.

¹⁴ O trecho encontra-se em português devido à presença da língua na União Europeia, de forma que o documento se torna mais acessível ao estudo quando apresentado nesse idioma.

A nomenclatura “a montante” e “a jusante” é também utilizado na doutrina brasileira, sendo os efeitos anticompetitivos delimitados a depender do nicho da cadeia em que a conduta foi praticada ou no nível em que houve prejuízo de concorrentes. No presente trabalho também serão utilizadas as expressões em língua inglesa “*upstream*” (a montante) e “*downstream*” (a jusante), as quais tem como mesma ideia apresentar em qual patamar da cadeia produtiva a empresa, a conduta ou o prejuízo concorrencial se encontra.

Ainda, o guia europeu distingue a definição de concentrações verticais e conglomeradas. Em relação às concentrações conglomeradas, o guia deixa clara a diferença para as relações verticais, de forma que as operações conglomeradas funcionam como uma espécie de tipo “por exclusão”, ou seja, são aquisições ou fusões que não se caracterizam como horizontais nem como verticais. Nesse caso, as empresas atuam em mercados estreitamente relacionados, mas não na mesma cadeia produtiva¹⁵.

Para o presente artigo, serão utilizadas as definições dos efeitos decorrentes de integrações verticais para embasar a classificação dos argumentos utilizados pelo Tribunal. Assim, devido à falta de definições precisas na doutrina brasileira, o guia europeu será o norteador das categorias de efeitos elencadas no estudo. As explicações de cada uma das classificações no guia também foram de grande valia para o trabalho, já que, por ser um estudo de análise interpretativa, os votos vencedores nem sempre utilizavam a mesma nomenclatura para o mesmo efeito.

Destarte, o guia foi de extrema importância para definir o modo da separação dos argumentos nos votos e identificar quais os efeitos existentes nas operações. Conforme já explicitado, os efeitos decorrentes de relações conglomeradas não foram o alvo da presente pesquisa, mas sim os efeitos das integrações verticais, sejam de cunho unilateral ou coordenado, como serão aprofundados nos itens 1.2.1 e 1.2.2.

Diferentemente da União Europeia, os Estados Unidos da América (EUA) apresentam um guia de concentrações não-horizontais que antes pertencia a um guia geral de concentrações, sendo posteriormente separado em guias para concentrações horizontais e não-horizontais. O primeiro foi atualizado depois de desvinculado da estrutura antiga, porém o segundo

¹⁵ UNIÃO EUROPEIA. Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, 18/10/2008, parágrafo 5.

permaneceu como parte de um guia geral, havendo inclusive diversas críticas de doutrinadores estadunidenses em relação à defasagem desse regulamento¹⁶.

Nesse guia norte-americano, define-se ato de concentração não-horizontal como concentrações entre empresas que não operam no mesmo mercado. Necessariamente, essa concentração não produz mudanças imediatas no nível de concentração em qualquer dos mercados relevantes do caso.¹⁷ A partir dessa definição, vê-se que o guia não faz distinção entre concentrações verticais e conglomeradas, apresentando uma definição mais genérica que abrange ambos.

Em comparação com o guia europeu, como o guia estadunidense é datado da década de 1980 e fazia parte de um guia que envolvia também concentrações horizontais, tem-se que o tom das regras é sempre de comparação entre os casos horizontais e verticais. O guia europeu, por outro lado, tenta isolar os efeitos concorrenciais referentes às concentrações não-horizontais. É possível compreender então o motivo por um movimento da doutrina americana de incentivar a atualização desse guia para a realidade do mercado atual¹⁸.

Apesar das diferentes perspectivas que possam existir entre a União Europeia e os Estados Unidos, é possível depreender das definições apresentadas que há um consentimento entre a definição das concentrações verticais. Doutrinadores como Herbert Hovenkamp¹⁹ e Richard Whish²⁰ também trazem definições nesses mesmos padrões dos apresentados nos guias.

A partir dessas definições da doutrina internacional, passa-se ao conceito aplicado pelo Cade e pelos doutrinadores brasileiros quando da análise de Atos de Concentração.

¹⁶ Um recente texto de 2016 escrito por James Langenfeld é intitulado “The Need to Revise the U.S. Non-Horizontal Merger Guidelines” (“A necessidade de revisar o guia de concentrações não-horizontais dos EUA”). Dentre os tópicos apontados como relevantes para serem alterados estão a definição de forma mais específica dos efeitos concorrenciais das operações a fim de dar maior segurança às empresas que podem ser investigadas, ou ainda a necessidade de apresentar um guia para os próprios atuantes da área e integrantes das agências antitruste estadunidenses (Department Of Justice - DOJ e Federal Trade Commission - FTC).

¹⁷ Trecho original “By definition, non-horizontal mergers involve firms that do not operate in the same market. It necessarily follows that such mergers produce no immediate change in the level of concentration in any relevant market as defined in Section 2 of these Guidelines.”

¹⁸ Esse ponto será melhor discutido no tópico (1.2).

¹⁹ No livro “The antitrust enterprise: principle and execution”, Herbert Hovenkamp traz a definição de relação vertical, podendo incluir concentrações ou condutas de Mercado, como “a business relationship is said to be “vertical” when it involves the coordination of two stages of production or distribution” (em tradução livre: uma relação de negócios é dita vertical quando envolve a coordenação de dois estágios de produção ou distribuição). P. 24.

²⁰ No livro “Competition Law”, Richard Whish e David Bailey definem tratam de efeitos verticais. “Vertical effects may be experienced where a merger occurs between firms that operate at a different, but complementary, levels of the market for the same final product: for example A might produce raw material (an ‘upstream’ product) for a product produced by B (a ‘downstream’ product).” P. 830.

1.1.2. Doutrina brasileira

O Cade até o momento não redigiu um guia que trate de Atos de Concentração verticais, como fizeram a União Europeia e os Estados Unidos, porém apresenta um Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal e um Guia de Remédios Antitruste. No primeiro há um detalhamento do procedimento e dos institutos utilizados pelo órgão para análise desses casos, enquanto que no segundo abrange-se soluções para ACs que contém possíveis efeitos negativos à concorrência, mas que podem ser superados por meio de ações definidas, pelo Cade, às Requerentes de uma operação. Enquanto que no primeiro guia praticamente não há menção de concentrações verticais, o Guia de Remédios apresenta soluções para todos os tipos de ACs julgados pelo Cade (horizontais, verticais e conglomerados).

Apesar desses guias, ainda não há uma regulamentação e detalhamento dos ACs verticais como nos outros países. Assim, o Cade depende de uma jurisprudência construída pelo seu Tribunal e da doutrina nacional e internacional para definir os Atos de Concentração verticais e os próprios efeitos decorrentes deles. Mesmo os doutrinadores brasileiros tendem a citar os conceitos apresentados em guias de outros países e estudiosos da área do exterior. A ex-Conselheira Ana Frazão em seu livro define os Atos de Concentração verticais da seguinte forma:

Entretanto, para se saber se essa nova estrutura gera ou não efeitos anticoncorrenciais, é importante analisar os seus impactos sobre o mercado, enfoque sob o qual as concentrações podem ser classificadas em três tipos principais:

- (i) concentrações horizontais, quando ocorrem entre concorrentes no(s) mesmo(s) mercado(s) de produtos ou serviços;
- (ii) concentrações verticais, quando ocorrem entre não concorrentes, mas que atuam na mesma cadeia econômica; e
- (iii) conglomerados, quando ocorrem entre não concorrentes que atuam em mercados distintos e não relacionados.

Vale ressaltar que os tipos acima mencionados não são excludentes, de forma que a mesma operação pode apresentar desdobramentos horizontais, verticais ou de conglomerado, caso em que a autoridade concorrencial terá de analisar todos eles, separadamente e em conjunto. (FRAZÃO, 2017, p. 117)

Da mesma forma, Eduardo Molan e Juliana Domingues no livro “Direito Antitruste” apresentam definição muito semelhante à apresentada anteriormente²¹. Além da definição

²¹ “De acordo com a teoria econômica, incorporada pela Lei Antitruste e pela jurisprudência do CADE, há basicamente três tipos de atos de concentração: (a) horizontais — realizados por agentes econômicos situados no mesmo nível de uma cadeia industrial e que, portanto, guardam entre si uma relação de concorrência; (b) verticais — realizados entre agentes econômicos situados em níveis distintos de uma mesma cadeia industrial, i. e., a montante (*upstream*) e a jusante (*downstream*); e (c) colaboração ou cooperação — realizados por agentes econômicos situados em mercados distintos, que não guardam entre si relações horizontais e/ou verticais.” (2012, p. 140)

apresentada, é relevante também apontar para o último parágrafo da citação acima, para fins de definição do escopo do presente trabalho.

Conforme a doutrinadora Ana Frazão, os tipos de operação não são excludentes entre si, ou seja, um mesmo Ato de Concentração pode englobar impactos à concorrência no nível horizontal e vertical ao mesmo tempo. Isso porque uma mesma empresa pode atuar nos mercados *upstream* e *downstream* e, na operação, adquirir ou fusionar-se com outra empresa que também atua nos dois níveis do mercado. Destarte, haveria efeitos tanto entre concorrentes diretas, quanto entre produtores e distribuidores, por exemplo.

Essa é a realidade do presente estudo. Os casos aqui caracterizados como “Atos de Concentração verticais” não são assim classificados em sua forma pura – apenas com relações concorrenciais de cunho vertical – mas sim na sua forma híbrida – na qual existe pelo menos uma integração vertical decorrente da operação, podendo haver relações de outras naturezas, horizontais ou conglomerais²².

Outro ponto relevante para ser ressaltado se refere à dispensabilidade da ocorrência de efeitos concorrenciais decorrentes da integração vertical. Explica-se. A existência de uma integração vertical depende da definição do mercado relevante²³. Esse mercado relevante, no qual as empresas concentram sua atividade, define a forma de análise de um Tribunal do Cade a partir do momento em que a cadeia produtiva é o elemento base para a conceituação do que se considera mercado a montante e mercado a jusante.

Consequentemente, a ideia de integração vertical decorre de como os fatos são moldados pelas agências antitruste. Percebe-se que até o momento não houve análise sobre a

²² O guia europeu também apresenta essa ressalva: “Na prática, as concentrações podem ter simultaneamente efeitos horizontais e não horizontais. É o que acontece, nomeadamente, quando as empresas objecto da concentração não mantêm apenas relações verticais ou conglomerais, mas são igualmente concorrentes actuais ou potenciais umas das outras, num ou em vários dos mercados relevantes em causa. Nestes casos, a Comissão apreciará os efeitos horizontais, verticais e/ou conglomerais em conformidade com as orientações fornecidas nas comunicações relevantes”. (Guia, parágrafo 7)

²³ Conforme texto apresentado pela Comissão Europeia, definiu-se a necessidade de conceituação de mercado relevante. Essa definição é utilizada, em formatos semelhantes, em outras jurisdições, como nos EUA. “Market definition is a tool to identify and define the boundaries of competition between firms. It serves to establish the framework within which competition policy is applied by the Commission. The main purpose of market definition is to identify in a systematic way the competitive constraints that the undertakings involved face. The objective of defining a market in both its product and geographic dimension is to identify those actual competitors of the undertakings involved that are capable of constraining those undertakings' behavior and of preventing them from behaving independently of effective competitive pressure. It is from this perspective that the market definition makes it possible inter alia to calculate market shares that would convey meaningful information regarding market power for the purposes of assessing dominance or for the purposes of applying Article 85.” (Nota da European Commission, parágrafo 2, 1997)

possibilidade de causar prejuízos à concorrência, sendo possível concluir que a existência de uma integração vertical é determinada pelas características do mercado apenas.

A partir dessa ideia, os casos elencados na presente pesquisa foram filtrados primeiramente pela mera existência de integrações verticais, independentemente dos efeitos anticompetitivos decorrentes delas. Logo, dentre os casos elencados, muitos deles contêm também sobreposições horizontais e integrações conglomerais.

Conclui-se, a partir das definições das doutrinas nacional e internacional, que os Atos de Concentração analisados nesse trabalho são classificados como verticais por envolverem empresas atuantes em dois nichos de mercado diferentes, mas que integram uma mesma cadeia produtiva, não excepcionando a existência de sobreposições horizontais ou integrações conglomerais entre elas.

1.2. DEFINIÇÃO DOS EFEITOS ANTICOMPETITIVOS ANALISADOS

A presente seção visa aprofundar nas definições dos efeitos anticompetitivos mais comuns de serem identificados em ACs verticais, estes que já foram definidos na seção anterior (1.1). No presente tópico, serão analisados os efeitos unilaterais (1.2.1) e os efeitos coordenados (1.2.2), considerando as definições presentes no Guia de Concentrações Não-Horizontais da União Europeia e aquelas constantes dos casos encontrados na pesquisa de jurisprudência do Cade.

Em relação aos efeitos unilaterais (1.2.1), foram identificados os seguintes efeitos: fechamento de mercado (o qual foi subdividido em discriminação de concorrentes e aumento de custo de rivais); acordos de exclusividade e uma categoria genérica “outros”, que abrange efeitos diferentes dos mencionados. Em relação aos efeitos coordenados (1.2.2), estes foram categorizados em: verificação de desvios; mecanismos de dissuasão e reações de empresas terceiras, conforme as definições do guia europeu.

1.2.1. Efeitos unilaterais – Tipo A

A base para a definição da nomenclatura, dos conceitos e dos principais efeitos unilaterais encontrados quando da análise de ACs verticais foi retirada do Guia de Concentrações não-Horizontais da União Europeia. No presente trabalho, os efeitos unilaterais foram classificados como “Tipo A”, a fim de facilitar a compreensão do leitor.

Devido à abordagem específica das concentrações verticais, o guia foi utilizado para compor os principais efeitos alegados no julgamento pelo Tribunal do Cade. Contudo, mesmo sendo utilizado como parâmetro, algumas definições foram alteradas. Quando da divisão entre os tipos de efeitos anticompetitivos, o guia classifica em não-coordenados e coordenados. Porém, no presente texto, a referência aos efeitos não-coordenados será dada como “efeitos unilaterais”. Isso porque, nos precedentes do Cade analisados, os Conselheiros tinham a tendência de utilizar a expressão “unilateral” ao invés de “não-coordenado”.

Feita essa ressalva, o guia europeu define efeitos unilaterais como:

Podem produzir-se efeitos não coordenados principalmente quando as concentrações não horizontais dão origem a um *encerramento do mercado*. Na presente comunicação, a expressão «encerramento do mercado» será utilizada para designar as situações em que a concentração restringe ou impede o acesso dos concorrentes actuais ou potenciais às fontes de abastecimento ou aos mercados, reduzindo assim a capacidade e/ou incentivo destas empresas para concorrerem. Na sequência deste encerramento do mercado, as empresas objecto da concentração — e, possivelmente, também alguns concorrentes — podem aumentar de forma rentável o preço cobrado aos consumidores. (GUIA, 2008, parágrafo 18)

Outra diferença que deve ser apontada se refere à alteração da expressão “encerramento de mercado” para “fechamento de mercado”. Pelo mesmo motivo do que a alteração anterior, os Conselheiros do Cade costumam utilizar a expressão “fechamento de mercado” como um dos efeitos anticompetitivos da operação. Essa questão – do fechamento de mercado ser um efeito do caso – também merece certo destaque para definir os efeitos unilaterais.

O fechamento de mercado é a consequência mais direta e comum decorrente de ACs verticais. Essa expressão significa a possibilidade da empresa resultante da operação de restringir ou retirar o acesso de concorrentes aos mercados relevantes envolvidos. Esse fechamento de mercado pode ocorrer no nível a montante, havendo consequências no nível a jusante e vice-versa. Assim, o fechamento de mercado no seu sentido amplo é consequência da discriminação ou aumento do custo das concorrentes do mercado.

No presente trabalho, foram aprofundados os tipos de fechamento de mercado decorrentes da operação. Isso porque, o fechamento em si pode ocorrer em quaisquer níveis, de diferentes formas. Como o objetivo do trabalho é tratar dos efeitos alegados pelos Conselheiros no Tribunal do Cade, o fechamento de mercado foi considerado um gênero que abrange essas duas outras espécies. No guia europeu, a divisão dos tipos de fechamento se dá pelo nível de mercado no qual há a conduta. Apenas para fins didáticos, essa seção definirá primeiro a discriminação de concorrentes (nos dois níveis do mercado) e posteriormente do aumento de custo de rivais (também em ambos os níveis).

A primeira definição de fechamento de mercado é a **discriminação de concorrentes (A.1)**, que pode ocorrer no nível *upstream* ou *downstream*. A discriminação é a retirada do acesso de concorrentes a algum mercado, limitando a compra e venda de produtos ou a prestação de serviços. No mercado a montante, a discriminação se dá pela restrição de acesso aos produtos e serviços utilizados como insumos no mercado a jusante, não sendo sem sentido o nome em inglês desse efeito “*input foreclosure*”, ou seja, fechamento de fatores de produção²⁴. Destarte, essas condutas a montante geram consequências a jusante, conforme o trecho abaixo:

(...)a nova entidade é susceptível de restringir o acesso aos produtos ou aos serviços que seriam de outra forma fornecidos ou prestados caso não se tivesse realizado a concentração, aumentando assim os custos dos concorrentes a jusante ao dificultar o seu abastecimento em termos de bens e serviços a preços e condições semelhantes aos prevalentes caso não se tivesse realizado a concentração. (GUIA, 2008, parágrafo 31)

Por outro lado, em relação à discriminação a jusante – *customer foreclosure* –, um cliente com atuação relevante no mercado *downstream*, após a operação, pode decidir adquirir seus insumos apenas do agente com ela verticalizado. Nesse caso, os concorrentes a montante – produtores de insumo –, encontram um número inferior de empresas a jusante para escoar sua produção, ou ainda perdem um cliente essencial para o mercado relevante em questão. No Guia, esse tipo de fechamento de mercado é denominado “*customer foreclosure*”, ou seja, encerramento como cliente:

O encerramento como cliente pode assumir diversas formas. A entidade resultante da concentração pode, por exemplo, decidir obter todos os factores de produção de que necessita junto do seu departamento a montante podendo, assim, deixar de efectuar aquisições junto dos seus concorrentes a montante. Pode igualmente reduzir as suas aquisições junto dos seus concorrentes a montante, ou efectuá-las em condições menos favoráveis do que as que prevaleceriam na ausência da concentração. (GUIA, 2008, parágrafo 60)

A segunda definição de fechamento de mercado é de **aumento de custo de rivais (A.2)**. Nesse caso, a diferença para a discriminação se dá pelo fato de a empresa verticalizada não limitar o acesso ao mercado, mas aumentar o valor dos seus produtos/serviços para outras empresas que não as verticalizadas; ou ainda exigir condições específicas para utilização do produto de forma que o concorrente tenha de realizar investimentos para atingir esses requisitos. De forma indireta, os concorrentes podem perder participação de mercado pois elas terão custos maiores do que as empresas integradas verticalmente. Do mesmo modo como a discriminação, o aumento de preço pode impactar diferentes níveis de mercado, a montante e a jusante.

²⁴ Essa tradução está presente na versão em português do Guia de Concentrações Não-Horizontais da União Europeia. Da mesma forma como a tradução de *customer foreclosure*, que será apresentado adiante.

Em relação ao aumento de custo a jusante, a empresa a montante pode exigir um valor maior pelo insumo produzido por ela às concorrentes não verticalizadas. Assim, o custo dessas empresas será maior, o que refletirá no produto final, diminuindo as vendas, resultando em uma diminuição da participação de mercado. Da mesma forma, se uma empresa a jusante exige melhores condições para a aquisição de um insumo, ou seja, exigência de diminuição do preço ou o preenchimento de requisitos pode aumentar o custo dos concorrentes a montante, causando a mesma sequência de efeitos concorrenciais daqueles vistos no aumento de custo a jusante.

Cumprir notar que essa divisão entre discriminação e aumento de custo de concorrentes foi utilizada para melhor classificar os efeitos alegados nos votos vencedores. Isso porque no Guia de Concentrações europeu, não há tal divisão, há apenas a separação entre os níveis em que há efeitos (a montante ou a jusante). Conforme os trechos abaixo, vê-se que, apesar de haver citações ao aumento de preço ou restrição de concorrentes no mercado, o guia não realiza a separação de forma clara, sendo essas realidades apenas meios de gerar fechamento de mercado em cada um dos níveis:

Verifica-se um encerramento de factores de produção nos casos em que, após a concentração, a nova entidade é susceptível de restringir o acesso aos produtos ou aos serviços que seriam de outra forma fornecidos ou prestados caso não se tivesse realizado a concentração, aumentando assim os custos dos concorrentes a jusante ao dificultar o seu abastecimento em termos de bens e serviços a preços e condições semelhantes aos prevalecentes caso não se tivesse realizado a concentração. Assim, a entidade resultante da concentração pode aumentar de forma rentável o preço cobrado aos consumidores, resultando numa restrição significativa da concorrência efectiva. Tal como referido supra, para que o encerramento de factores de produção seja prejudicial para os consumidores, não é necessário que os concorrentes da entidade resultante da concentração sejam forçados a abandonar o mercado. A referência relevante consiste em saber se o aumento dos custos dos factores de produção é susceptível de provocar ou não um aumento dos preços para os consumidores. (Guia, parágrafo 31)

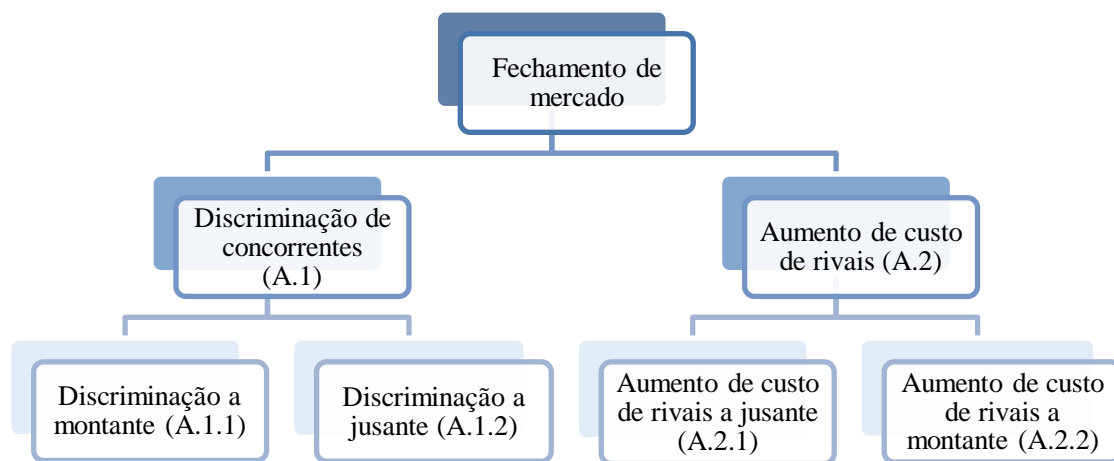
(...)

Pode verificar-se um encerramento como cliente quando da integração entre um fornecedor e um cliente importante no mercado a jusante. Esta presença a jusante confere à entidade resultante da concentração possibilidades de encerrar o acesso dos seus concorrentes actuais ou potenciais no mercado a montante (o mercado dos factores de produção) a uma base de clientes suficiente, reduzindo a sua capacidade ou incentivo para concorrer. Por sua vez, esta situação pode provocar um aumento dos custos dos concorrentes a jusante, dificultando o seu abastecimento em factores de produção a preços e condições semelhantes às que prevaleceriam caso a concentração não se tivesse realizado. (Guia, parágrafo 58)

A partir das definições presentes no guia e dos casos analisados no presente trabalho, chegou-se às seguintes definições e divisões dos efeitos de fechamento de mercado alegados pelos Conselheiros: discriminação a montante (A.1.1), aumento de custo de rivais a jusante (A.2.1), discriminação a jusante (A.1.2) e aumento de custo de rivais a montante (A.2.2). A

partir dessas categorias, o trabalho tratará apenas das classificações específicas de fechamento de mercado, não fazendo menção a essa categoria mais genérica, conforme modelo abaixo:

Figura 1 - Efeitos unilaterais: Fechamento de Mercado e Subcategorias



Elaboração própria. Fonte: Guia de Concentrações Não-Horizontais da União Europeia e Jurisprudência do Cade

Diferentemente da forma como foi abordado o tema da definição dos ACs verticais na seção anterior, a presente seção não dividirá a abordagem em doutrinadores nacionais e internacionais. Isso porque os doutrinadores nacionais, como a ex-Conselheira Ana Frazão, citam o guia europeu para apresentar a definição dos efeitos unilaterais²⁵. Da mesma forma, o teórico Richard Whish, que trata do direito concorrencial europeu, cita o guia como base para as suas definições, não havendo necessidade em apresentar os seus pensamentos, já que convergem com a norma adotada no presente trabalho.

Em relação aos Estados Unidos, o guia de concentrações não-horizontais apresenta como principal efeito o aumento de barreiras à entrada e não exatamente o fechamento do mercado. Esse tópico foi criticado por James Langenfeld em texto defendendo a atualização do guia americano, tendo como base para essa atualização o próprio guia europeu. Considerando que, inclusive países que detêm guias referentes às concentrações verticais, tem utilizado o guia europeu como base, é possível crer que seja a melhor forma de realizar a divisão das classificações no presente trabalho:

O foco principal dos efeitos não-coordenados no Guia europeu, por exemplo, está no potencial para fechamento de mercado. Em contraste, a apresentação do Guia americano de 1984 de problemas competitivos não-coordenados de concentrações

²⁵ Na página 119 do livro “Direito da Concorrência”, quando a autora trata das definições de *input* e *customer foreclosure*, o guia europeu é citado nas notas de rodapé como base para a definição apresentada pela autora.

verticais está centrado na criação de barreiras à entrada, mas não menciona fechamento de mercado.²⁶ (tradução livre)

Além dessas classificações, foram incluídas outras duas que pareceram relevantes de ressaltar quando da pesquisa. Primeiramente, colocou-se em um tópico separado a possibilidade de **acordos de exclusividade (A.3)**. Isso porque, quando se trata de discriminação de concorrentes, não necessariamente a limitação de acesso a um mercado será relacionado a todos os rivais daquele nicho econômico, assim, uma empresa verticalizada pode eleger discriminar empresas específicas.

Nos casos de acordos de exclusividade, seja para atividades a montante, seja a jusante, elimina-se a possibilidade de atuação no mercado de todos os concorrentes. Destarte, uma produtora de insumos, se apresenta contrato de exclusividade com a empresa verticalizada, deixa de oferecer seus insumos a todas as outras empresas a jusante.

Esse nível mais elevado de preocupações concorrenciais foi o motivo pela separação dos casos nos quais os Conselheiros apontaram de forma clara a possibilidade de criação de acordos de exclusividade. A argumentação nos votos da possibilidade de existência de acordos de exclusividade aparece em casos nos quais há quase uma certeza do fechamento, seja por contratos previamente estabelecidos entre partes antes da operação, seja pela política das empresas de forma geral. Assim, decidiu-se dividir essa categoria por representar uma preocupação maior por parte dos Conselheiros quando da existência dessa possibilidade.

Os outros tipos de efeitos que podem decorrer das integrações verticais, mas que decorrem de situações fáticas específicas ao caso concreto, foram abordadas em um tópico “**outros**” (A.4). Um exemplo de efeito integrante dessa categoria se refere à discriminação de concorrentes no mercado *midstream*, ou seja, os efeitos decorrentes da integração vertical trarão problemas concorrenciais aos *players* que atuam no nível intermediário da cadeia, não podendo ser classificados em montante ou jusante. Os outros efeitos anticompetitivos incluídos nessa classificação serão delineados no capítulo 2 do presente trabalho.

²⁶ The primary focus of non-coordinated effects in the EC Guidelines, for example, is on the potential for foreclosure. In contrast, the U.S. 1984 Guidelines’ presentation of non-coordinated competitive problems from vertical mergers is centered on the creation of barriers to entry, and does not mention foreclosure. (LANGENFELD, 2016, parágrafo 5)

1.2.2. Efeitos coordenados – Tipo B

Da mesma forma como foi explicado na seção anterior, os efeitos coordenados foram classificados por meio das definições apresentadas no Guia Europeu de Concentrações Não-Horizontais. Não há, no guia americano, uma seção que trate de efeitos coordenados decorrentes de ACs verticais, de forma que não seria possível utilizá-lo como parâmetro de análise. Além disso, considerando que, se nem os efeitos unilaterais – considerados mais comuns e de mais fácil percepção nos ACs verticais – são regulados pelo legislador ou órgão julgador brasileiro, não se poderia esperar que houvesse um padrão nacional para os efeitos coordenados.

Consequentemente, utiliza-se das definições trazidas pelo Guia Europeu de Concentrações Não-Horizontais dos efeitos coordenados. O primeiro deles trata da **verificação de desvios (B.1)** entre as empresas:

A integração vertical pode facilitar a coordenação, aumentando o grau de transparência do mercado entre as empresas, através do acesso a informações sensíveis relativas aos concorrentes ou facilitando a verificação dos preços. Podem surgir problemas, por exemplo, se o grau de transparência dos preços for mais elevado a jusante do que a montante, o que pode ocorrer quando os preços cobrados aos consumidores finais são públicos, mas as transações no mercado intermédio são confidenciais. A integração vertical pode proporcionar aos produtores a montante um controle sobre os preços finais, permitindo-lhes assim verificar os desvios mais eficazmente.

Quando dá origem a um encerramento do mercado, uma concentração vertical pode também provocar uma redução do número de concorrentes efectivos no mercado. Uma redução no número de operadores pode facilitar a verificação do comportamento de cada um deles no mercado. (grifo) (GUIA, 2008, parágrafo 86)

Nesse ponto é importante apresentar uma ressalva sobre o que foi considerado verificação de desvios no presente trabalho. Conforme será visto adiante, grande parte dos casos nos quais foram alegados efeitos coordenados apresentou a chamada verificação de desvios. Contudo, importante deixar registrado que muitos dos casos apenas afirmavam que o efeito coordenado existente se tratava da troca de informações sensíveis. Todavia, a troca de informações entre concorrentes, em si, não é um efeito concorrencial, mas sim aquilo que se faz com esse tipo de informação.

Ou seja, a verificação de desvios, por exemplo, ocorre quando há maior transparência das informações no mercado, facilitando a verificação dos preços, conforme descrito na passagem transcrita acima. Assim, apesar de muitos Conselheiros alegarem que o efeito concorrencial seria a troca de informações, em realidade, o efeito seria a conduta resultante dessa troca. No trecho transcrito, o Guia europeu utilizou como critério para a verificação de desvios a troca dessas informações. Destarte, nos casos em que não havia a definição específica de qual efeito coordenado a operação poderia gerar, enquadrava-se como verificação de desvios.

Outro efeito encontrado foi aquele referente **ao mecanismo de dissuasão (B.2)**.

Conforme o guia europeu:

As concentrações verticais podem afectar os incentivos das empresas participantes na coordenação para cumprirem as condições da coordenação. Uma empresa integrada verticalmente pode, por exemplo, estar em condições punir mais eficazmente as empresas concorrentes que se «desviem» das condições da coordenação, uma vez que é um seu cliente ou fornecedor crucial. (Guia, parágrafo 88)

Por fim, houve apenas um caso no qual encontrou-se o efeito de **reações de empresas terceiras (B.3)**, descrito no guia europeu da seguinte forma:

As concentrações verticais podem reduzir a margem de manobra de que dispõem as empresas não participantes na coordenação para a destabilizar, aumentando as barreiras à entrada no mercado ou limitando de outro modo a sua capacidade concorrencial. (Guia, parágrafo 89)

Como visto nas definições apresentadas, os efeitos coordenados foram alegados quando (i) havia possibilidade de trocar informações sensíveis de forma a gerar verificação de desvios; (ii) as empresas tivessem maior capacidade de dissuadir outras empresas a atuar dentro de um conluio coordenado entre os concorrentes daquele mercado; e (iii) quando fosse possível a utilização de poder de mercado pela empresa verticalizada para desestruturar empresas não participantes do conluio.

2. DADOS DA EVOLUÇÃO DA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO VERTICAIS PELO TRIBUNAL DO CADE

Conforme já apresentado na introdução, o presente trabalho tem como finalidade a análise dos argumentos utilizados pelo Tribunal do Cade quando da análise de Atos de Concentração envolvendo integrações verticais. A fim de realizar tal estudo, será apresentada, no próximo tópico, a metodologia utilizada para atingir os resultados encontrados (2.1). Posteriormente, serão compilados os dados gerais referentes aos atos de concentração verticais mais relevantes analisados (2.2), e, por fim, serão apresentados os tipos específicos de efeitos verticais identificados nos ACs em questão (2.3).

2.1. METODOLOGIA

Os Atos de Concentração verticais são caracterizados pela existência de ao menos uma integração vertical encontrada pelo Tribunal do Cade, porém isso não exclui a possibilidade de haver sobreposições horizontais ou relações conglomeradas no mesmo caso.

Para a pesquisa, foram considerados os casos julgados com base na Lei nº 12.529/11 (Nova Lei de Concorrência)²⁷. Assim, o trabalho abordará os dados resultantes da pesquisa de jurisprudência do Cade de efeitos derivados dos Atos de Concentração verticais entre 2014 e 2018, sendo cada um desses efeitos detalhados considerando uma análise interpretativa dos votos vencedores dos casos levantados.

Em relação ao período escolhido, nos anos de 2012 e 2013, devido à recente entrada em vigor da Lei nº 12.529/11, o Tribunal passou por um período de adaptação de seus julgados, sendo analisada uma quantidade muito grande de casos em cada sessão de julgamento, mas sem maior aprofundamento nos votos dos Conselheiros, por se tratarem de casos hoje considerados de rito sumário.

Considerando que o foco do presente estudo se volta à análise realizada na vigência da nova Lei de Concorrência, entendeu-se razoável iniciar a análise em 2014, pois o Tribunal já tinha moldado sua forma de julgamento à nova Lei e analisava apenas os casos considerados mais complexos, após a investigação prévia da SG. Findou-se o escopo temporal em 2018 pois,

²⁷ Alguns casos de 2014 foram notificados ainda sob a égide da Lei 8.884/94, de forma que fogem do escopo de análise do presente estudo. Assim, apesar de terem sido julgados 30 Atos de Concentração no referido ano, apenas 18 deles foram notificados na vigência da nova lei.

sabendo que os dados foram coletados em meados de 2019, não havia decisões definitivas dos casos julgados no primeiro semestre de 2019, o que poderia trazer incongruências nos resultados da pesquisa.

A fim de obter os precedentes para embasar o trabalho, a pesquisa se iniciou com a análise de todas as Atas das Sessões de Julgamento Ordinárias e Extraordinárias do Cade nesse período de quatro anos. Ao total, foram analisados 259 processos²⁸, dentre eles Processos Administrativos e Atos de Concentração. Ao avaliar cada uma das atas, foram selecionados apenas os Atos de Concentração julgados nas sessões, resultando em um total de 81 casos.

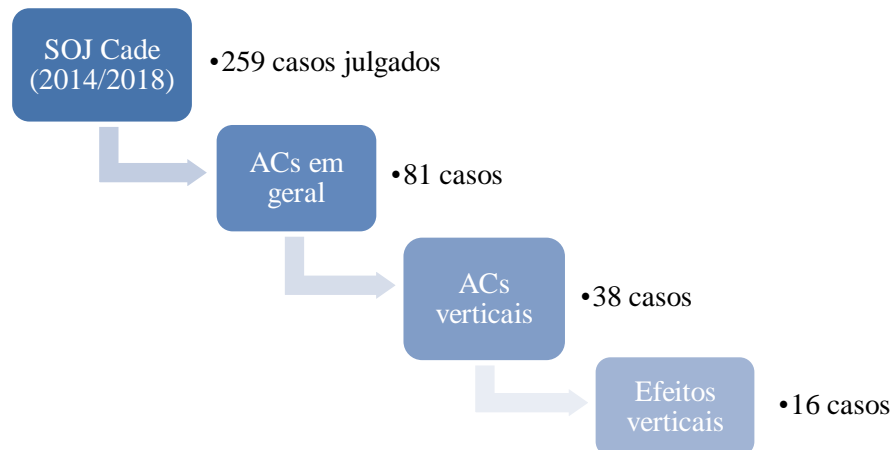
Dentre esses casos, apenas 38 continham integrações verticais. Considerando que no presente trabalho foram avaliadas todas as atas das sessões de julgamento, estão incluídas na contagem final casos resultantes de recurso, impugnação e avocação de Atos de Concentração verticais²⁹.

Para cada um dos 38 casos aprofundados, foram elencados quais processos continham efeitos anticompetitivos apenas decorrentes de integrações verticais alegados nos votos vencedores. Desses 38 casos, o Tribunal do Cade identificou efeitos concorrenciais apenas em 16 ACs verticais. Isto é, as integrações verticais contidas nos outros 22 ACs não foram aprofundadas pois, segundo os Conselheiros, elas não seriam capazes de gerar efeitos negativos à concorrência. Assim, de acordo com esses 16 casos, classificou-se o tipo de efeito concorrencial existente no precedente conforme a explicação utilizada pelo Conselheiro com voto vencedor.³⁰

²⁸ Não foram incluídos os Embargos de Declaração nessa contagem, ou qualquer forma de recurso quando o caso já tivesse sido julgado pelo Tribunal anteriormente.

²⁹ Nesses processos, os casos haviam sido aprovados sem restrições pela SG e o recurso foi o primeiro contato do Tribunal com o caso.

³⁰ Muitas vezes, os votos são destoantes entre si na justificativa, mesmo que converjam no dispositivo. Assim, não seria possível concretizar a presente pesquisa caso todos os votos de um mesmo processo fossem considerados para definir os problemas concorrenciais presentes no processo. A utilização do voto vencedor foi uma maneira de uniformizar a análise.

Figura 2 - Metodologia de análise dos Atos de Concentração verticais

Elaboração própria. Fonte: dados obtidos do sítio eletrônico do Cade

Após uma análise de todos os 16 casos de Atos de Concentração verticais julgados pelo Cade entre 2014 e 2018, os principais efeitos identificados foram separados em unilaterais (A) e coordenados (B).

Em relação aos efeitos unilaterais (A), foram enquadrados a discriminação de rivais (A.1), o aumento do custo de concorrente tanto nos mercados *upstream* como *downstream* (A.2), a existência de acordos de exclusividade (A.3) e uma categoria mais abrangente classificada como “Outros” (A.4), para abarcar efeitos unilaterais que fogem da análise tradicional dos efeitos.

Em relação aos efeitos coordenados (B), foram enquadradas a existência de verificação de desvios pelas empresas coordenadas (B.1), a possibilidade de utilização de mecanismos de dissuasão (B.2) e as reações de empresas terceiras à coordenação das Requerentes com outros *players* do mercado (B.3).

Figura 3 - Esquematização dos efeitos verticais identificados nos Atos de Concentração verticais entre 2014 e 2018

Efeitos unilaterais - Tipo A	Efeitos coordenados - Tipo B
<ul style="list-style-type: none"> • Discriminação de concorrentes - A.1 • Aumento de custo de rivais - A.2 • Acordo de exclusividade - A.3 • Outros - A.4 	<ul style="list-style-type: none"> • Verificação de desvios - B.1 • Mecanismos de dissuasão - B.2 • Reação de empresas terceiras - B.3

Fonte: Elaboração própria.

Para consolidar os dados obtidos na pesquisa, foi criada uma tabela Excel detalhando todos 38 ACs verticais. As colunas dessa tabela contêm as seguintes informações: tipo de classificação do Ato de Concentração (sumário ou ordinário); existência de sobreposição horizontal entre mercados envolvidos; se essas sobreposições foram analisadas pelo Tribunal do Cade por conterem efeitos negativos à concorrência; se as integrações verticais não tinham efeitos concorrenciais; os tipos de efeitos anticompetitivos alegados no voto vencedor (efeitos unilaterais ou coordenados); existência de efeitos conglomerados; resultado do caso; e, por fim, se o caso foi aprovado condicionado ao cumprimento de ACC, se este visou solucionar efeitos decorrentes das integrações verticais³¹. A partir dessa tabela foi possível consolidar as informações em gráficos presentes neste estudo.

Figura 4 - Representação da tabela criada com 38 ACs verticais entre 2014 e 2018

A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	M	N	O	P	Q	R	S
Número do Processo	Partes	Ano do julgamento	Tipo de AC (ordinário ou sumário)	Existência de sobreposição horizontal	Sobreposição horizontal analisada pelo Tribunal (ou não)	Representação vertical com problemas de concorrência	Integração vertical pré-existente à operação	Efeitos anticompetitivos analisados?	Inscrição do custo de aquisição do acesso	Aumento do custo de concorrência	Inscrição do custo de aquisição do acesso	Aumento do custo de concorrência	Acordo de exclusividade	Outros	Efeitos anticompetitivos decorrentes da integração	Verificação de danos	Mecanismo de dissuasão	Reações de empresas e terceiros
02700.00777/2015-16	Praxair, Inc. e Linde AG	2018	Ordinário	Sim	Sim	Não	Não	Sim	X		X				Não			NS
02700.00444/2017-54	Ecoler International (Compagnie Générale d'Optique) S.A. e Leontica Group S.p.A.	2018	Ordinário	Sim	Não	Sim	Sim	Possíveis, mas não provados	X			X			Não			Potencial
02700.00443/2017-36	Itaú Unibanco S.A. e XP Investimentos S.A.	2018	Ordinário	Sim	Não	Não	Não	Sim	X		X		X	X	Não			NS
02700.00848/2016-51	VEG Equipamentos Elétricos S.A. e TGM Indústria e Comércio de Têxtil e Transmissão Ltda.	2018	Ordinário	Sim	Sim	Sim	Não	Não							Não			Sim
02700.00296/2017-57	Araceli/Metal Brasil S.A. e Votorantim S.A.	2018	Ordinário	Sim	Sim	Sim	Sim	Não							Não			NS
02700.00303/2017-63	Esper Mining/Qualitex e Moscovato Company	2018	Ordinário	Sim	Sim	Não	Sim	Sim	X	X			X		Não			Sim
02700.00418/2017-32	Imperatrizense S.A. de C.V. e Petróleo Brasileiro S.A.	2018	Ordinário	Não	Não	Não	Sim	Sim	X	X					Não			NS
02700.00723/2016-62	Matael Alimentos Ltda. e MJ Agropecuária Ltda.	2017	Ordinário	Sim	Sim	Não	Não	Não							Sim	X		NS

Elaboração própria. Fonte: Dados obtidos no sítio eletrônico do Cade

Considerando que a pesquisa foi realizada com uma metodologia interpretativa dos votos vencedores, os dados compilados podem ser considerados aproximações do entendimento dos Conselheiros. Isso porque, em muitos casos, o tipo de efeito anticoncorrencial considerado preocupante na operação não era explicitamente delimitado, sendo necessário um exercício de interpretação e de análise do voto para chegar à conclusão quanto aos efeitos concorrenciais referidos. Assim, é importante ressaltar que muitos votos não apresentaram de imediato os

³¹ Considerando que a pesquisa foi realizada com uma metodologia interpretativa dos votos vencedores, os dados compilados podem ser considerados aproximações do entendimento dos Conselheiros. Isso porque, em muitos casos, o tipo de efeito anticoncorrencial considerado preocupante na operação não era explicitamente delimitado, sendo necessário um exercício de interpretação e de análise do voto para chegar à conclusão quanto aos efeitos concorrenciais referidos. Assim, é importante ressaltar que muitos votos não apresentaram de imediato os efeitos com a nomenclatura apresentada na tabela, o que evidencia o esforço acadêmico de classificação realizado no presente trabalho.

efeitos com a nomenclatura apresentada na tabela, o que evidencia o esforço acadêmico de classificação realizado no presente trabalho.

A partir da tabela criada, foi possível a compilação dos dados em gráficos, conforme será demonstrado na seção seguinte. Todas as informações apresentadas no presente texto foram baseadas na tabela elaborada, conforme interpretação dos casos julgados pelo Cade.

2.2. ASPECTOS GERAIS DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO VERTICAIS JULGADOS PELO CADE ENTRE 2014 E 2018

Nos termos do art. 57 da Lei 12.529/2011, os Atos de Concentração precisam primeiramente passar pela análise da Superintendência-Geral do Cade (SG-Cade) por meio de um parecer resultante de uma atividade de investigação das características do mercado e da própria operação. Deste parecer, a própria SG-Cade, um Conselheiro ou mesmo os interessados no processo podem exigir uma análise pelo Tribunal do Cade. No primeiro cenário, a SG-Cade pode pedir a impugnação do Ato de Concentração devido à recomendação de rejeição ou aprovação com restrições do caso, ou ainda devido à incapacidade de definir os efeitos anticompetitivos decorrentes da operação³² (art. 57, inciso II da Lei 12.529/2011).

No caso do pedido de análise pelos Conselheiros, estes podem avocar o processo, no prazo de 15 dias após a decisão de aprovação proferida pela SG-Cade, de forma que aquele julgador que realizou a provocação fique responsável pela reanálise do processo (art. 65, inciso II da Lei 12.529/2011³³). Por fim, as partes ou terceiros interessados podem também apresentar recurso contra a decisão da SG, no mesmo período de avocação pelos Conselheiros (art. 65, inciso I da Lei 12.529/2011³⁴).

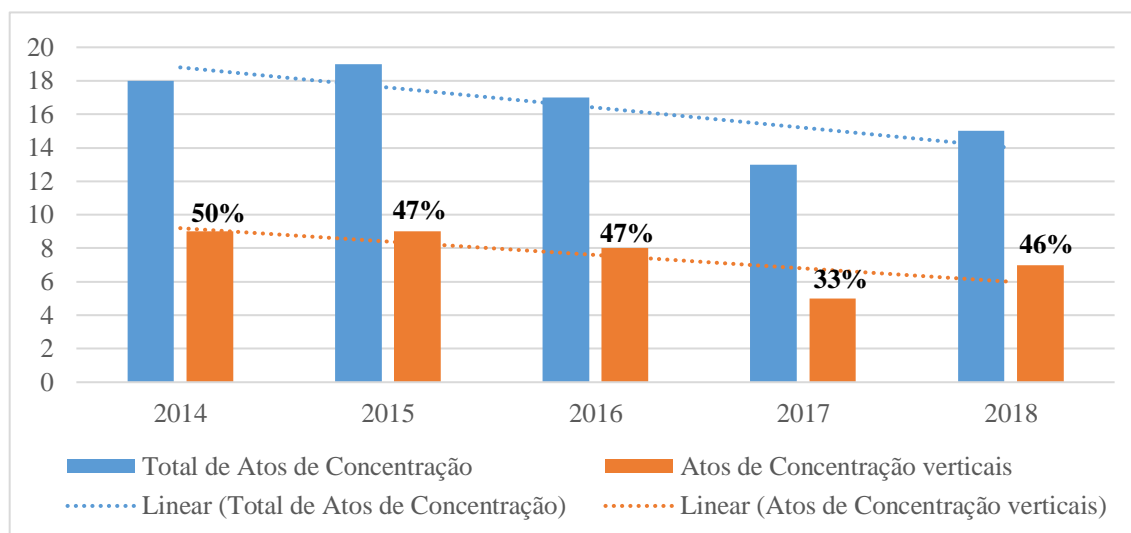
³² Disposições presentes na Lei 12.529/11 no artigo 57, inciso II. “Art. 57. Concluídas as instruções complementares de que tratam o inciso II do art. 54 e o art. 56 desta Lei, a Superintendência-Geral: (...) II - oferecerá impugnação perante o Tribunal, caso entenda que o ato deva ser rejeitado, aprovado com restrições ou que não existam elementos conclusivos quanto aos seus efeitos no mercado”.

³³ Disposições presentes na Lei 12.529/11 no artigo 65, inciso II: “Art. 65. No prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do caput do art. 54 e do inciso I do caput do art. 57 desta Lei: (...) II - o Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação”.

³⁴ Disposição presente na Lei 12.529/11, no artigo 65, inciso I: “Art. 65. No prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do caput do art. 54 e do inciso I do caput do art. 57 desta Lei: I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora”.

O gráfico abaixo apresenta todos os Atos de Concentração, notificados após a Lei 12.529/11, julgados pelo Tribunal do Cade, de acordo com as atas das sessões de julgamento entre 2014 e 2018³⁵.

Gráfico 1 - Quantidade de Atos de Concentração verticais julgados pelo Tribunal do Cade entre 2014 e 2018



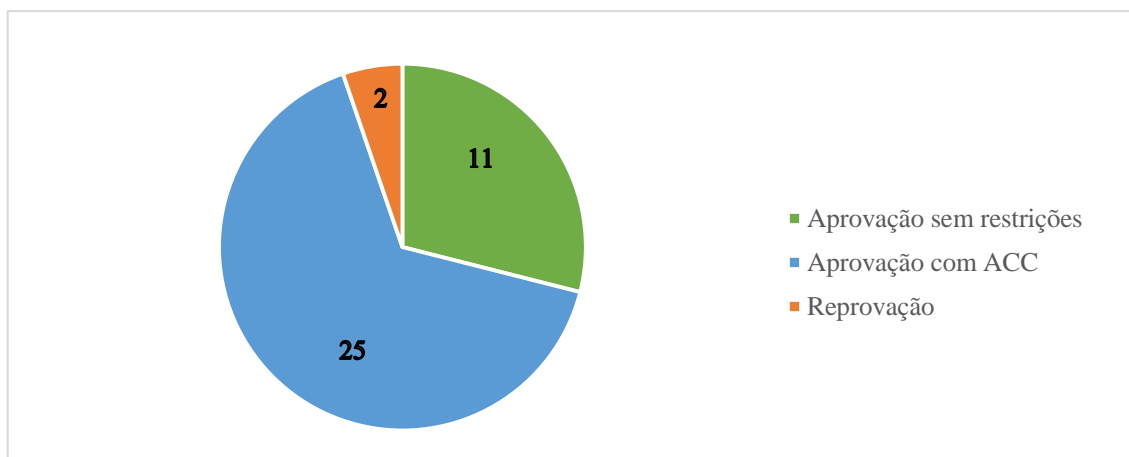
Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no site eletrônico do Cade.

Vê-se nesse gráfico que, apesar de haver um ligeiro decréscimo da quantidade de Atos de Concentração verticais ao longo dos anos, a quantidade de Atos de Concentração no geral também tem diminuído ao longo do tempo, conforme as tendências lineares praticamente paralelas apresentadas no gráfico.

Pode-se dizer que, proporcionalmente ao número total de Atos de Concentração, que o número de operações verticais permanece sempre igual ou abaixo dos 50%, de forma que a maioria dos casos julgados em sede do plenário do Cade são Atos de Concentração horizontais. Em 2017 verifica-se período atípico, em que os Atos de Concentração verticais representam apenas 33% do total. Nos demais anos, tais operações representam sempre mais do que 40% dos Atos de Concentração notificados ao Cade.

O gráfico abaixo apresenta os resultados dos Atos de Concentração verticais de acordo com o julgamento do Tribunal do Cade:

³⁵ Especificamente no ano de 2014, diversas operações julgadas foram notificadas ainda sob a égide da Lei 8.884/94, de forma que fogem do escopo de análise do presente estudo. Assim, apesar de terem sido julgados 30 Atos de Concentração no referido ano, apenas 18 deles foram notificados na vigência da nova lei.

Gráfico 2 - Resultados de Atos de Concentração verticais entre 2014 e 2018

Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

Quando da análise desses Atos de Concentração verticais, foram compilados os resultados dos julgamentos pelo Tribunal do Cade, separando-se em aprovações sem restrições, aprovações condicionadas ao cumprimento de Acordos em Controle de Concentrações (ACC)³⁶ e reprovações.

Dentre os 25 casos **aprovados com restrições impostas por ACCs**, 13 deles tiveram como justificativa as integrações verticais presentes na operação. Em outras palavras, 13 casos tiveram de ser restringidos pela autoridade antitruste pois as integrações verticais resultantes da operação, ou reforçadas por ela, seriam capazes de gerar efeitos anticompetitivos relevantes no mercado. Assim, nos outros 12 casos, os remédios aplicados aos casos decorreram de sobreposições horizontais ou efeitos conglomerados, presentes em Atos de Concentração com integrações verticais, que se mostraram prejudiciais à concorrência.

A existência de ACCs voltados à solução de efeitos competitivos não-verticais (horizontais ou conglomerais) não exclui a possibilidade de solução de efeitos decorrentes das integrações verticais. Isto é, o cenário de solução de efeitos horizontais não é excludente da solução de efeitos verticais. Assim, um ACC que solucione uma consequência negativa à concorrência decorrente de sobreposições horizontais ou relações conglomerais pode também sanar efeitos verticais. Esse último cenário foi o caso da operação entre Bayer e Monsanto³⁷, a

³⁶ De acordo com o Guia de Remédios do Cade, o ACC é o meio pelo qual podem ser negociados remédios entre a SG ou Tribunal e as Requerentes em um Ato de Concentração. Esses remédios são definidos como “restrições necessárias para corrigir os eventuais efeitos nocivos de um Ato de Concentração (“AC”), de acordo com o art. 61 da Lei 12.529/2011”. (Guia, p.7)

³⁷ CADE. Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49. Requerentes: Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company, Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 07/02/2018.

qual apresentava graves efeitos horizontais que, ao serem sanados com remédios estruturais³⁸, eliminaram também os efeitos verticais.

Em relação aos dois casos **reprovados** nesse período, apenas um deles teve como motivação a integração vertical existente na operação. O AC entre JBJ e Mataboi de 2017³⁹ foi reprovado devido à existência de efeitos coordenados decorrentes dessa integração. O caso foi decidido de forma inovadora no Tribunal do Cade, já que uma reprovação foi justificada pela possibilidade de coordenação entre duas empresas, sendo uma delas a JBJ e a outra, uma empresa fora da Operação, a JBS. O precedente será melhor analisado no Capítulo 3.

Por fim, as **aprovações sem restrições** são casos em que não há maiores efeitos concorrenciais referentes às integrações verticais. Apenas um deles apresentou preocupações quanto à possibilidade de coordenação entre as Requerentes e outras empresas do mercado, mas que mesmo com tal possibilidade, o Tribunal do Cade optou pela aprovação já que não havia indícios mais concretos dessa possibilidade⁴⁰.

Ainda, em Atos de Concentração verticais, nota-se que há um número maior de aprovações condicionadas a remédios estruturais e/ou comportamentais⁴¹ do que de aprovações sem restrições, já que o Tribunal do Cade atua em casos considerados mais graves em relação aos efeitos anticompetitivos no mercado.

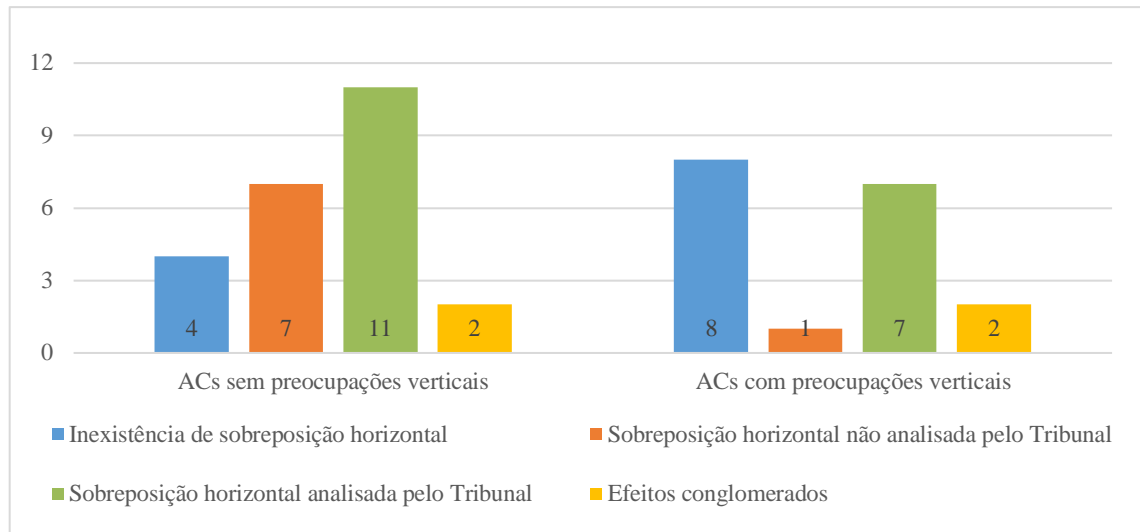
O gráfico abaixo representa a existência de efeitos anticompetitivos decorrentes de diferentes relações entre as requerentes de operações, seja de sobreposições horizontais, integrações verticais e relações conglomeradas, em Atos de Concentração verticais:

³⁸ Conforme o Guia de Remédios Antitruste do Cade, remédios estruturais se referem à “transmissão definitiva de direitos e ativos”. (CADE, p. 11)

³⁹ CADE. Ato de Concentração nº 08700.007553/2016-83. Requerentes: Mataboi Alimentos Ltda. e JBJ Agropecuária Ltda., Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro, julgado em 18/10/2017.

⁴⁰ CADE. Ato de Concentração nº 08700.004872/2013-94. Requerentes: Editora Objetiva Ltda., Editora Arqueiro Ltda. e Distribuidora Record de Serviços de Imprensa S.A., Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 14/05/2014.

⁴¹ Novamente, conforme o Guia de Remédios do Cade, os remédios antitruste “podem ser classificados, de forma geral, (i) em estruturais, quando envolverem a transmissão definitiva de direitos e ativos, ou (ii) em comportamentais, quando envolverem práticas comerciais sem a necessária transmissão de direitos e ativos”. (Guia, p. 11)

Gráfico 3 - Existência de sobreposições horizontais e efeitos conglomerados em ACs verticais

Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

Quando da análise dos 38 casos encontrados, foi possível quantificar a presença de outros efeitos referentes a relações horizontais ou conglomerais de forma generalizada, ou seja, registrou-se apenas a presença desses outros efeitos, sem adentrar aos detalhes ou especificações de cada um deles, já que o foco do presente trabalho é aprofundar nos efeitos decorrentes de integrações verticais.

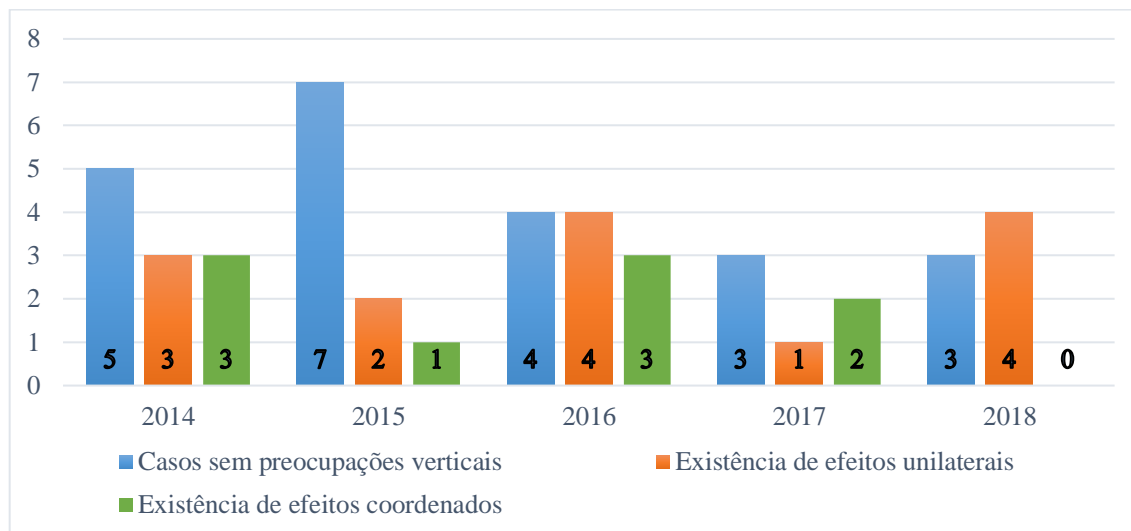
Como pode ser observado, nos Atos de Concentração verticais cuja integração **não gera preocupações concorrenciais**, e por isso a relação não foi analisada pelo Tribunal do Cade, há um número grande de casos em que os efeitos concorrenciais decorreram de sobreposições horizontais. Já em relação à segunda parte do gráfico, nos Atos de Concentração verticais cuja integração **gera sim preocupações concorrenciais**, vê-se que muitos dos casos não continham sobreposições horizontais, porém naquelas em que as sobreposições estavam presentes, o Tribunal do Cade tem a tendência de analisá-las ou considerá-las relevantes.

Esses casos em que há ambos os tipos de relações entre as empresas, horizontal e vertical, são geralmente casos mais complexos, nos quais duas grandes empresas que atuam em diversos ramos da cadeia produtiva se unem. Esse foi o caso da operação Bayer/Monsanto, na qual as duas empresas atuavam nos mesmos níveis de mercado e, ao mesmo tempo, se utilizavam de insumos produzidos pela outra. Assim, as integrações verticais desses casos são muitas vezes agravadas em decorrência da comum existência com sobreposições horizontais.

O gráfico abaixo apresenta um panorama dos argumentos utilizados nos votos vencedores em cada um dos casos elencados quanto à existência de efeitos verticais e, se

existentes, quanto ao tipo de efeito vertical. Essa representação tem como finalidade demonstrar como a avaliação das integrações verticais vem se alterando ao longo do tempo.

Gráfico 4 – Existência de efeitos concorrenciais decorrentes de integrações verticais entre 2014 e 2018



Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

Importante destacar que, em alguns casos, foram identificados efeitos tanto unilaterais como coordenados, de forma que não se pode simplesmente somar os valores acima para ter como resultado a quantidade de Atos de Concentração verticais daquele ano. Em 2014, dos nove ACs verticais, apenas quatro casos tiveram preocupações concorrenciais decorrentes de integração vertical. Assim, em 44% dos casos foram identificados efeitos anticompetitivos.

Em 2015, dos nove casos verticais julgados, apenas dois deles apresentaram uma avaliação de efeitos, ou seja, 22% apresentou efeitos de origem vertical. Em 2016, dos oito ACs verticais, metade deles (50%) apresentou análise de efeitos anticompetitivos. Já em 2017, dos cinco ACs verticais julgados, apenas dois deles (40%) tiveram seus efeitos analisados. Em 2018, por não haver análise de efeitos coordenados, a representação do gráfico corresponde à quantidade de ACs verticais com análise de efeitos unilaterais, isto é, 57% dos casos foram diagnosticados com a presença de efeitos negativos ao mercado.

A dificuldade em analisar esse quesito se encontra na existência de diversas outras variáveis que influenciam a análise, a notificação e o julgamento dos casos. Sabendo-se que os Conselheiros do Cade têm mandatos de quatro anos, conforme o art. 6º, §1º da Lei 12.529/11, a alteração da composição do Tribunal do Cade pode afetar o formato de análise e até mesmo a quantidade de operações analisadas. Além disso, a situação do mercado também tende a influir nos tipos de operações notificadas, isto é, dependendo do nicho de mercado que está mais

aquecido ou que passa por maiores dificuldades, os tipos de Atos de Concentração encontrados no Cade podem variar. A dinâmica econômica é também um fator primordial para o aumento ou diminuição de Atos de Concentração⁴².

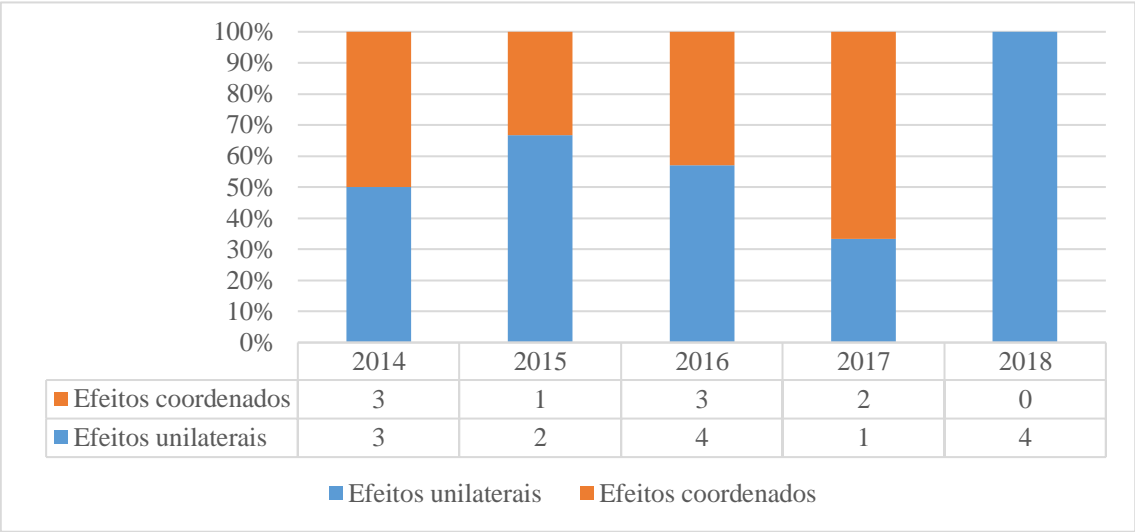
Ainda, até mesmo interesses políticos, no sentido de implementação de políticas públicas, podem influenciar uma análise de atos de concentração de forma mais branda ou com maior rigidez. Essas hipóteses apenas tentam justificar as diferentes formas de influência que o Tribunal do Cade estaria exposto. Assim, apesar de tais variáveis serem relevantes, é possível constatar a partir do gráfico acima que, principalmente no ano de 2018, o Tribunal do Cade tem se detido a apontar efeitos anticompetitivos decorrentes integrações verticais com maior frequência e se debruçado em discussões sobre um tema que é considerado mais difícil de sopesar por conter, como contrapartida, diversos benefícios para as Requerentes.

Por outro lado, as influências externas no cenário de análise do Tribunal do Cade podem ser visualizadas quando analisados os efeitos coordenados ao longo do tempo. Apesar de em 2018 haver uma quantidade maior de casos analisados com preocupações decorrentes das relações verticais dos agentes, não há alegação de qualquer efeito coordenado nos casos, apenas de efeitos unilaterais. Considerando que os tipos de efeitos decorrentes de uma integração dependem muito do caso concreto, percebe-se que em 2018 as maiores preocupações decorreram de fechamentos de mercado de forma unilateral, sem ter sido possível argumentar pela possibilidade de geração de um conluio entre concorrentes.

O gráfico abaixo ilustra de forma mais clara a relação entre as alegações de efeitos unilaterais e coordenados nos votos vencedores.

⁴² Em escala global, Richard Whish escreveu em “*Competition Law*”, 2018, p. 831-832, que o desenvolvimento da economia e as crises ao longo do tempo criam uma natureza cíclica de estouros e recaídas dos números de concentrações realizadas no mercado. O autor aponta principalmente as crises econômicas como motivos para essas variações na quantidade de fusões e aquisições entre empresas.

Gráfico 5 – Efeitos unilaterais e coordenados alegados pelo voto vencedor entre 2014 e 2018



Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

Conforme já explicitado quando da análise do gráfico anterior, é possível verificar que há grande variação entre a alegação dos tipos de efeitos para cada caso, já que as condições fáticas de cada Ato de Concentração determinam quais os possíveis efeitos anticompetitivos. Além disso, os outros diversos fatores alheios aos dados fáticos – como a dinâmica econômica ou decisões políticas – são também possíveis de influenciar as decisões tomadas pelo Plenário.

A conclusão que se pode atingir é que, cronologicamente, não há um padrão de análise dos efeitos verticais alegados nos votos vencedores, porém, como será visto no Capítulo 3, quando do estudo de alguns dos ACs verticais mais relevantes no período em questão, a experiência do Tribunal do Cade e a criação de uma jurisprudência um pouco mais robusta, ainda que recente, alterou a forma de argumentação apresentada pelos votos vencedores.

2.3. EFEITOS VERTICAIS ALEGADOS PELO TRIBUNAL DO CADE NO JULGAMENTO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO VERTICAIS ENTRE 2014 E 2018

Para além dos dados mais gerais apresentados no tópico anterior, o presente trabalho visa analisar os tipos de efeitos unilaterais e coordenados utilizados como justificativa para o julgamento dos Atos de Concentração verticais pelo Tribunal do Cade. Assim, por meio da interpretação dos votos vencedores de cada caso e a utilização de uma linguagem comum para enquadrar as diversas expressões utilizadas pelos conselheiros, foi possível reduzir os tipos de efeitos a seis categorias de efeitos unilaterais (2.3.1) e três categorias de efeitos coordenados (2.3.2), conforme já definido no tópico 2.1 desse capítulo.

2.3.1. Efeitos unilaterais

2.3.1.1. Relação dos casos analisados e os efeitos unilaterais alegados pelo Tribunal do Cade

A tabela abaixo apresenta um recorte dos 16 casos que contém efeitos concorrenciais verticais. Dentre esses ACs analisados, 14 deles tiveram efeitos unilaterais analisados pelo Tribunal do Cade. Desse valor, em apenas 7 casos foram identificados efeitos coordenados.

Tabela 1 - Relação de Atos de Concentração com efeitos unilaterais

Requerentes	Ano	Discriminaçã o a montante	Aumento de custo a jusante	Discriminaçã o a jusante	Aumento de custo a montante	Acordo de exclusividade	Outros
Praxair, Inc. e Linde AG ⁴³	2018	X		X			
Itaú Unibanco S.A. e XP Investimentos S.A. ⁴⁴	2018	X		X		X	X ⁴⁵
Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company ⁴⁶	2018	X	X				X ⁴⁷
Grupo Petrotecem, S.A. de C.V. e Petróleo Brasileiro S.A. ⁴⁸	2018	X	X				
AT&T Inc. e Time Warner Inc. ⁴⁹	2017	X	X	X			
Petróleo Brasileiro S.A., White Martins Gases Industriais Ltda. e Petrobrás Gás S.A. ⁵⁰	2016	X	X				X ⁵¹
Banco Bradesco S.A.; Banco do Brasil S.A.; Banco Santander (Brasil); Caixa Econômica Federal;	2016	X	X	X	X		

⁴³ CADE. Ato de Concentração nº 08700.007777/2017-76. Requerentes: Praxair, Inc. e Linde AG, Relator Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia, julgado em 13/06/2018.

⁴⁴ CADE. Ato de Concentração nº 08700.004431/2017-16. Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e XP Investimentos S.A., Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 14/03/2018.

⁴⁵ Nesse caso, o efeito unilateral se refere à possibilidade de limitação do incentivo ao desenvolvimento de novas tecnologias, considerando que a XP foi avaliada pelo voto vencedor como uma empresa *maverick*.

⁴⁶ CADE. Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49. Requerentes: Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company, Relator Conselheiro Paulo Burnier, julgado em 07/02/2018.

⁴⁷ No caso, um dos efeitos identificados na operação se refere à possibilidade da Monsanto licenciar seus produtos quando a tecnologia já estivesse desatualizada, levando a uma vantagem competitiva apenas à empresa a ela verticalizada.

⁴⁸ CADE. Ato de Concentração nº 08700.004163/2017-32. Requerentes: Grupo Petrotecem, S.A. de C.V. e Petróleo Brasileiro S.A., Relator Conselheira Cristiane Alkmin, julgado em 07/02/2018.

⁴⁹ CADE. Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes: AT&T Inc. e Time Warner Inc., Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos, julgado em 18/10/2017.

⁵⁰ CADE. Ato de Concentração nº 08012.001015/2004-08. Requerentes: Petróleo Brasileiro S.A., White Martins Gases Industriais Ltda e Petróleo Gás S.A., Relator Conselheiro Paulo Burnier, julgado em 07/12/2016.

⁵¹ O efeito anticompetitivo encontrava-se no mercado *midstream*, ou seja, em etapa intermediária da cadeia produtiva, pois uma das empresas poderia exercer poder de mercado nesse nível entre os mercados *upstream* e *downstream*, de forma a controlar a oferta no mercado a jusante. Mesmo que a lógica do caso seja semelhante ao da discriminação a montante, o voto tratou especificamente dessa diferenciação e por isso categorizou-se separadamente.

Itaú Unibanco S.A. (AC dos Bancos) ⁵²							
Itaú Unibanco S.A. e MasterCard Brasil Soluções de Pagamento LTDA. ⁵³	2016	X	X				X ⁵⁴
Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda., SICBRAS Carbetto de Silício do Brasil Ltda. ⁵⁵	2016		X				X ⁵⁶
Telefônica S.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A. e Mediobanca S.p.A. ⁵⁷	2015	X	X				
Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL – América Latina Logística S.A. ⁵⁸	2015	X	X				X ⁵⁹
Bromisa Industrial e Comercial Ltda., ICL Brasil Ltda. e Fosbrasil S.A. ⁶⁰	2014	X	X				
Associação Nacional dos Exportadores de Suco Cítricos e Sociedade Rural Brasileira ⁶¹	2014	X					

⁵² CADE. Ato de Concentração nº 08700.002792/2016-47. Requerentes: Banco Bradesco S.A.; Banco do Brasil S.A.; Banco Santander (Brasil); Caixa Econômica Federal; Itaú Unibanco S.A., Relator Conselheiro Paulo Burnier, julgado em 09/11/2016.

⁵³ CADE. Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10. Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e MasterCard Brasil Soluções de Pagamento Ltda., Relator Conselheiro Paulo Burnier, julgado em 11/05/2016.

⁵⁴ O caso poderia envolver uma situação de subsídio cruzado, ou seja, uma das empresas verticalizadas poderia vender seus produtos por um valor inferior já que a outra empresa tem capacidade de suprir os possíveis prejuízos decorrente do valor inferior ao do mercado.

⁵⁵ CADE. Ato de Concentração nº 08700.010266/2015-70. Requerentes: Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e SiCBRAS Carbetto de Silício do Brasil Ltda., Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro, julgado em 13/04/2016.

⁵⁶ Nesse caso, a Saint-Gobain teria capacidade ociosa (possibilidade de produzir mais do que a quantidade demandada pelo mercado atualmente) de absorver a demanda que pode surgir com uma possível discriminação de preços das concorrentes. Isto é, o Tribunal entendeu que a Saint-Gobain teria incentivo para discriminar os preços de concorrentes no mercado *downstream* a fim de direcionar a demanda a seus próprios produtos, já que ela tem capacidade de produzir suficientemente para suprir essa nova demanda.

⁵⁷ CADE. Ato de Concentração nº 08700.009731/2014-49. Requerentes: Telefônica S.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A. e Mediobanca S.p.A. e Ato de Concentração nº 08700.009732/2014-93. Requerentes: Telefônica Brasil S.A., Telefônica S.A., GVT Participações S.A. e Vivendi S.A., Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25/03/2015. Considerando que os dois casos foram julgados em conjunto já que havia relação entre as duas operações, foi contabilizado apenas como um caso, já que o voto vencedor foi o mesmo para os dois cenários. Assim, como a finalidade do trabalho é analisar a argumentação dos Conselheiros em relação aos efeitos decorrentes de integrações verticais, a autora incluiu ambos os casos como uma única operação.

⁵⁸ CADE. Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e ALL – América Latina Logística S.A., Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos, julgado em 11/02/2015.

⁵⁹ No caso, trata-se de possibilidade de discriminação de serviços aos concorrentes das empresas envolvidas. Na categoria “Outros” inclui-se uma possível assimetria de informação entre o mercado e o poder público, já que a estrutura verticalizada formada após a operação tornaria mais difícil o monitoramento por agências reguladoras, pois trata-se do mercado de serviços de transporte por ferrovias.

⁶⁰ CADE. Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Industrial e Comercial Ltda., ICL Brasil Ltda. e Fosbrasil S.A., Relatora Conselheira Ana Frazão, julgado em 10/12/2014.

⁶¹ CADE. Ato de Concentração nº 08012.003065/2012-21. Requerentes: Associação Nacional dos Exportadores de Suco Cítricos e Sociedade Rural Brasileira, Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, julgado em 19/02/2014.

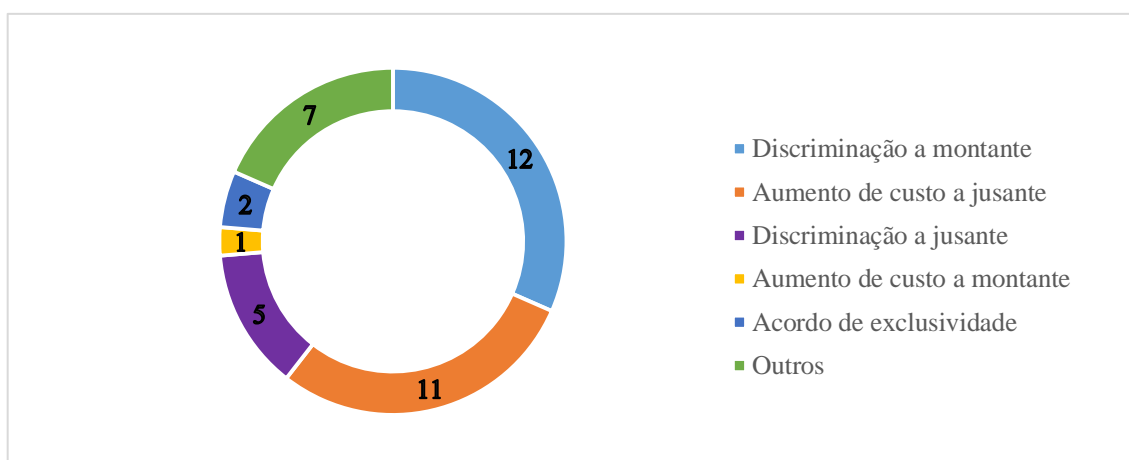
Monsanto do Brasil Ltda. e Bayer S.A. ⁶²	2014		X	X		X	X ⁶³
---	------	--	---	---	--	---	-----------------

Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

2.3.1.2. Tipos de efeitos unilaterais alegados pelo Tribunal do Cade

Em relação aos efeitos unilaterais alegados nos Atos de Concentração julgados pelo Cade entre 2014 e 2018, foi possível classificar o argumento dos Conselheiros relatores e obter o seguinte resultado:

Gráfico 6 – Tipos de efeitos unilaterais alegados no voto vencedor dos casos julgados entre 2014 e 2018



Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

Importante destacar que alguns dos casos sob análise encontravam efeitos unilaterais em mais de uma categoria, de forma que o somatório dos valores do gráfico é superior à quantidade de casos com preocupações concorrenciais unilaterais. Conforme o entendimento exarado pelo Guia da União Europeia e a adaptação dos conceitos à realidade brasileira (vide Cap. 1), dividiu-se inicialmente os efeitos em discriminação de concorrentes (A.1) e aumento de custo destes (A.2).

No primeiro caso, de efeitos unilaterais de discriminação de concorrentes (A.1), avaliou-se o nível da cadeia produtiva no qual haveria a prática de conduta restritiva. Em outras palavras, utilizou-se como critério em qual nível (*upstream* ou *downstream*) as Requerentes poderiam exercer poder de mercado de forma a prejudicar o outro nível da cadeia. Assim, a

⁶² CADE. Ato de Concentração nº 08700.004957/2013-72. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Bayer S.A., Relator Conselheiro Alessandro Octaviani, julgado em 22/01/2014.

⁶³ O Conselheiro Relator apontou que no caso, no qual havia contratos de licenciamento, esses contratos poderiam ser utilizados como forma de controle da Bayer pela Monsanto, já que esta teria acesso a diversas informações referentes às sementes produzidas pela Bayer.

discriminação a montante (A.1.1) significa que as empresas poderiam limitar o acesso a insumos de forma que o mercado prejudicado seria aquele a jusante. Da mesma forma, **a discriminação a jusante (A.1.2)** – isto é, a limitação pelo cliente de adquirir seus insumos de apenas um produtor – prejudica o mercado a montante no momento em que as concorrentes no mercado *upstream* não detêm uma empresa para realizar o escoamento da produção no mercado *downstream*.

No caso de efeitos unilaterais de aumento de custo (A.2), a análise foi realizada considerando o nível de mercado afetado pela conduta anticompetitiva. No caso de **aumento de custo a jusante (A.2.1)**, os concorrentes prejudicados estão no mercado *downstream*, já que a empresa a montante define condições diferenciadas de compra às empresas excluídas da relação vertical criada pela operação. Nessa mesma lógica, **o aumento de custo a montante (A.2.2)** gera um prejuízo às empresas do mercado *upstream*, já que a empresa a jusante pode impor condições mais restritivas ou que demandem um investimento excedente aos produtores, os quais precisam escoar sua produção por meio desse cliente específico.

Os **acordos de exclusividade (A.3)** – classificados como uma categoria separada -, em realidade, podem significar um fechamento em ambos os níveis *upstream* e *downstream*, ou em apenas um deles a depender do contrato. Contudo, eles representam uma conduta mais gravosa já que se torna explícita a intenção de fechamento de mercado pela operação⁶⁴.

Por fim, a **categoria “outros” (A.4)** envolvem situações diferenciadas das mais tradicionalmente encontradas devido ao tipo de mercado envolvido ou às políticas adotadas pelas Requerentes. Um exemplo se deu no fechamento do mercado *midstream*, ou seja, a cadeia produtiva apresentava três níveis, sendo que a atuação das Requerentes poderia afetar o mercado intermediário em que atuavam⁶⁵. Por não estar enquadrado em um mercado a montante ou a jusante, colocou-se em categoria separada.

Feitas essas ressalvas, fica claro, a partir do gráfico acima, que a maioria dos casos apresenta efeitos no mercado a jusante, devido a condutas realizadas no mercado a montante. Esses casos são os mais tradicionais, pois esse formato tende a diminuir os custos de transação das Requerentes. A limitação de fornecimento de produtos a um mesmo cliente simplifica as

⁶⁴ No Capítulo 1, foi abordada a ideia de que os problemas concorrenciais decorrentes de integrações verticais são geralmente previsões, com baixos níveis de certeza quanto à existência ou não de problemas concretos.

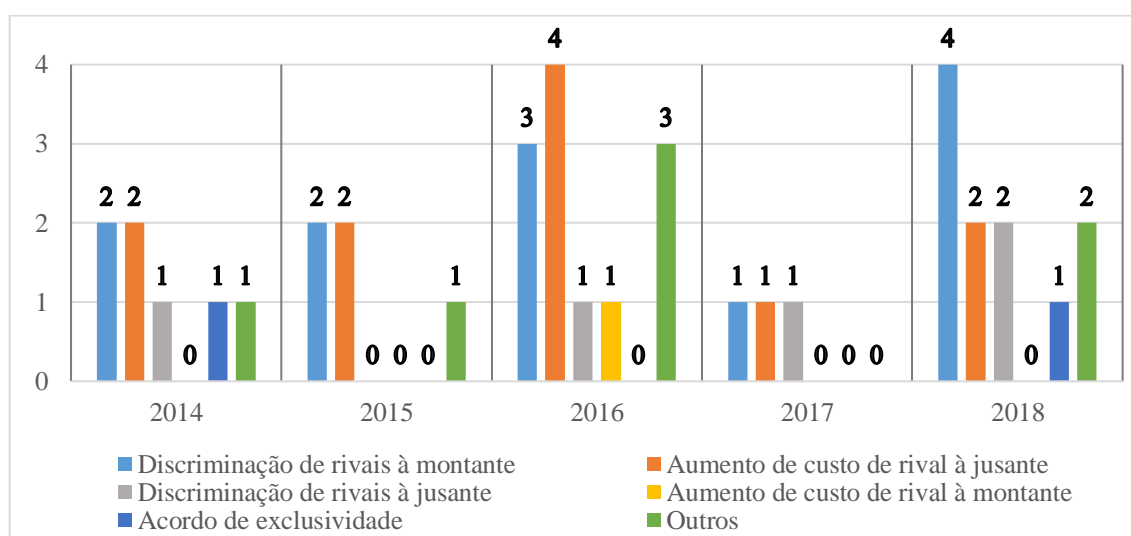
⁶⁵ CADE. Ato de Concentração nº 08012.001015/2004-08. Requerentes: Petróleo Brasileiro S.A., White Martins Gases Industriais Ltda. e Petrobrás Gás S.A., Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 07/12/2016.

negociações necessárias e reduz o custo de transporte da mercadoria, de forma a gerar diversas eficiências à empresa no mercado *upstream*.

Contudo, apesar de gerar eficiências, algumas integrações revelam-se preocupantes a ponto de as eficiências não serem suficientes para suprir o fechamento de mercado advindo da operação. No presente trabalho, centrou-se em analisar apenas os efeitos anticompetitivos decorrentes das integrações verticais, desconsiderando-se a existência ou não de eficiências, conforme já explorado na Introdução. A tentativa aqui é apresentar os tipos de efeitos alegados pelo Tribunal do Cade para, se possível, encontrar algum padrão ou compreender como o Cade tem analisado esses efeitos ao longo dos anos.

O gráfico abaixo apresenta os tipos de efeitos alegados pelo Tribunal do Cade em cada ano analisado:

Gráfico 7 – Tipos de efeitos unilaterais entre 2014 e 2018



Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

Conforme o gráfico acima, é possível perceber um aumento na quantidade de efeitos unilaterais alegados pelo Tribunal do Cade em 2016 e 2018. Considerando que em 2017 houve apenas um caso em que o Ato de Concentração vertical apresentou preocupações concorrenciais unilaterais⁶⁶, o parâmetro de análise fica um pouco comprometido se considerada a quantidade de casos analisados nos outros anos.

Importante notar, contudo, que o aumento de declarações de efeitos unilaterais em 2016 e 2018 pode ser considerado um indício de uma nova perspectiva desse tipo de efeito no

⁶⁶ CADE. Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes: AT&T Inc. e Time Warner Inc., Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, julgado em 18/10/2017.

Tribunal do Cade. A maior quantidade de efeitos concorrenciais alegados pelos Conselheiros pode ser uma demonstração de maturidade do Tribunal do Cade para definir a existência de preocupações de cunho unilateral ou mesmo da gravidade do efeito concorrencial decorrente da operação. Essa conclusão é confirmada pelo Gráfico 3 já apresentado nesse capítulo, o qual apresenta maior paridade entre a quantidade de Atos de Concentração com e sem preocupações concorrenciais verticais. Em 2018, o número de casos que tiveram os efeitos verticais analisados foi superior àquele de casos sem a referida avaliação.

Outro ponto que também pode ser observado é a maior capacidade de percepção de diferentes efeitos verticais. Os casos analisados em 2016 e 2018 apresentaram efeitos unilaterais em diversos nichos de mercado, havendo inclusive a constatação da única referência ao aumento de custo de concorrentes a montante em 2016. Mesmo se analisado o único caso de 2017, foram constatados três diferentes efeitos unilaterais, nos mercados *upstream* e *downstream*.

A análise de efeitos em diversos nichos da cadeia produtiva é um indicativo de que o Tribunal do Cade se apresenta mais elucidado para avaliar relações de maior complexidade no mercado. Essa confiança pode advir da criação de uma jurisprudência ou da consolidação de uma gama de precedentes já existente, maior aprofundamento do tema por juristas e doutrinadores brasileiros, considerando que a Lei está vigente a pouco tempo, ou mesmo maior preparo de Conselheiros no direito concorrencial, já que, no Brasil, a concorrência é matéria ainda muito recente.

2.3.2. Efeitos coordenados

2.3.2.1. Relação dos casos analisados e os efeitos coordenados alegados pelo Tribunal do Cade

A tabela abaixo apresenta os casos nos quais o Tribunal do Cade alegou haver efeitos coordenados relevantes para a concorrência. Dos 16 casos com efeitos concorrenciais derivados de integrações verticais, 9 deles apresentaram efeitos coordenados. Desses 9, em apenas 2 deles não foram identificados efeitos verticais unilaterais. Esses casos encontram-se grifados em cinza.

Tabela 2 - Relação de Atos de Concentração com efeitos coordenados

Requerentes	Ano	Verificação de desvios	Mecanismos de dissuasão	Reações de empresas terceiras
<u>Mataboi Alimentos Ltda. e JBJ Agropecuária Ltda.</u> ⁶⁷	2017	X		X
AT&T Inc. e Time Warner Inc	2017	X		
Banco Bradesco S.A.; Banco do Brasil S.A.; Banco Santander (Brasil); Caixa Econômica Federal; Itaú Unibanco S.A. (AC dos Bancos)	2016	X		
Itaú Unibanco S.A. e MasterCard Brasil Soluções de Pagamento LTDA.	2016	X	X	
Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda., SICBRAS Carbetto de Silício do Brasil Ltda.	2016	X	X	
Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL – América Latina Logística S.A.	2015	X		
<u>Editora Objetiva Ltda., Editora Arqueiro Ltda. e Distribuidora Record de Serviços de Imprensa S.A (AC das Editoras)</u> ⁶⁸	2014	X		
Associação Nacional dos Exportadores de Suco Cítricos e Sociedade Rural Brasileira	2014	X		
Monsanto do Brasil Ltda. e Bayer S.A	2014	X		

Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

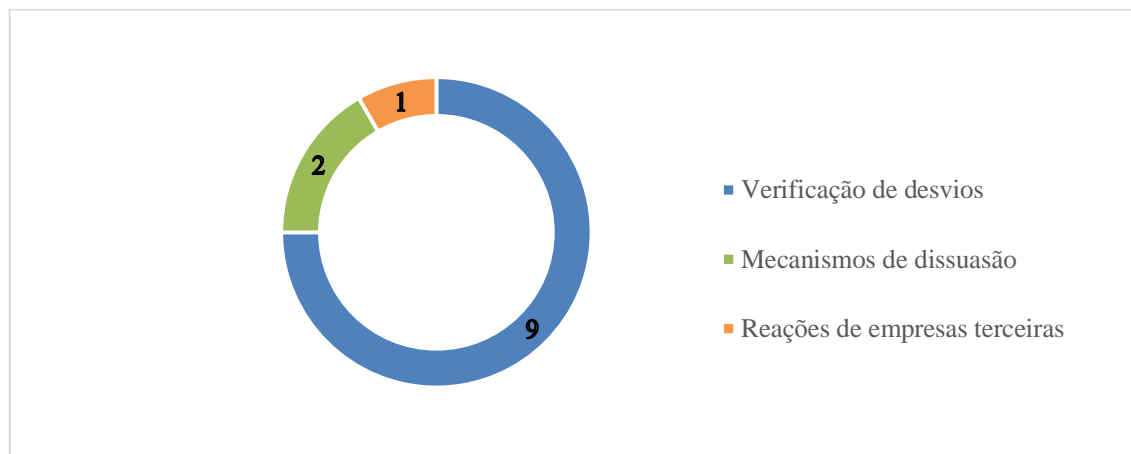
2.3.2.2. Tipos de efeitos coordenados alegados pelo Tribunal do Cade

Em relação aos efeitos coordenados alegados nos Atos de Concentração julgados pelo Cade entre 2014 e 2018, foi possível classificar o argumento dos Conselheiros relatores por meio de uma análise interpretativa, tendo como base no guia europeu de concentrações não-horizontais, e obter o seguinte gráfico:

⁶⁷ CADE. Ato de Concentração nº 08700.007553/2016-83. Requerentes: Mataboi Alimentos Ltda. e JBJ Agropecuária Ltda., Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro, julgado em 18/10/2017.

⁶⁸ CADE. Ato de Concentração nº 08700.004872/2013-94. Requerentes: Editora Objetiva Ltda., Editora Arqueiro Ltda. e Distribuidora Record de Serviços de Imprensa S.A., Relator Conselheiro Alessandro Octaviano Luis, julgado em 14/05/2014.

Gráfico 8 – Tipos de efeitos coordenados alegados no voto vencedor dos casos julgados entre 2014 e 2018



Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

Importante ressaltar que 9 dos 16 casos com preocupações concorrenciais decorrentes de integração vertical apresentaram efeitos coordenados capazes de influenciar negativamente o mercado (B). Assim, como pode ser depreendido do gráfico acima, mais de uma categoria de efeitos coordenados foram encontradas em um mesmo caso. Em todos os casos foi, necessariamente, atestada a **verificação de desvios** (B.1) entre as empresas, com ou sem a existência das outras duas categorias de efeitos coordenados.

Outro ponto relevante para a criação do gráfico acima se dá na forma como os dados foram obtidos. Consoante ao entendimento exarado no capítulo 1 do presente trabalho, no caso de efeitos coordenados (B), há maior dificuldade de comprovação, de forma que os Conselheiros muitas vezes não apresentaram uma motivação explícita sobre a categoria de efeitos como apresentado no gráfico acima. A fim de consolidar os dados, foi necessária a realização de interpretação das nomenclaturas e justificativas apresentadas nos votos.

Os Conselheiros de forma geral apontavam que o principal efeito coordenado decorrente de operações seria a de troca de informações sensíveis entre concorrentes. Contudo, quando analisado o Guia de concentrações não-horizontais da União Europeia no tópico sobre efeitos coordenados, a troca de informações sensíveis seria o meio pelo qual é gerado o efeito anticompetitivo.

Assim, em muitos votos os Conselheiros não apresentaram o efeito gerado pela integração, mas sim o meio pelo qual ele ocorreria. A fim de manter a coerência dos dados, em casos nos quais os votos apenas citavam a possibilidade de troca de informações sensíveis como problemática à concorrência, incluiu-se na **categoria de verificação de desvios (B.1)**. Isso

porque, como já demonstrado, a troca de informações por si só não representa um efeito negativo da operação, mas sim a possibilidade de realizar um controle de preços devido ao conhecimento de custos e lucros dos concorrentes.

A verificação de desvios (B.1) funcionaria como uma forma de maximizar os lucros sem que as empresas necessitem concorrer entre elas, ou seja, investir em inovação para diminuir os custos ou apresentar um produto diferenciado no mercado. Essa conduta é típica da prática de cartel. Por esse motivo, a coordenação entre essas empresas traz grande preocupação à autoridade antitruste, pois além de fechar o mercado, as empresas têm capacidade de entrar em conluio com seus concorrentes para formação de cartel. O cartel, tanto na doutrina internacional⁶⁹ como na doutrina brasileira⁷⁰, é considerado um ilícito por si só, já que não pode trazer eficiências ou benefícios ao mercado.

Devido a essa gravidade da conduta de cartel, é esperado que qualquer forma de incitação à coordenação entre empresas seja rechaçada pelo Tribunal do Cade. Esse ideal é consolidado pelos dados obtidos no presente estudo, já que 89% dos casos com efeitos coordenados foram considerados preocupantes devido à presença de verificação de desvios entre as concorrentes.

Em relação aos outros dois tipos de efeitos coordenados, a comprovação torna-se ainda mais difícil, já que deve-se apresentar a possibilidade de uma empresa controlar ou mesmo punir concorrentes que não estejam de acordo com a coordenação imposta ao mercado – caso da **categoria de mecanismos de dissuasão (B.2)** – ou ainda, de as empresas coordenadas aumentarem as barreiras à entrada ou desestabilizar concorrentes que não estejam de acordo

⁶⁹ Richard Wish e David Bailey em “Competition Law” também apontam o mesmo entendimento acerca do prejuízo decorrente de carteis “Cartels are the most obviously harmful anti-competitive practice known to competition law, and are a prime target of competition authorities. (...) Horizontal agreements between independent undertakings to fix prices, divide markets, to restrict output and to fix the outcome of supposedly competitive tenders are among the most serious restrictions of competition”. (2018, p. 520)

⁷⁰ A professora Ana Frazão, em seu livro “Direito da Concorrência”, apresenta uma introdução a essa temática ao afirmar que “Nos casos de cartel, nos quais o objeto da investigação é um conluio organizado entre concorrentes com a única finalidade de elevar artificialmente os preços cobrados do consumidor ou dividir mercados, a prova da materialidade da conduta e de suas especificidades traz consigo a demonstração da potencialidade lesiva que a Lei Antitruste brasileira exige para configuração da infração à ordem econômica, sendo dispensável a análise de outros elementos – como mercado relevante, barreiras à entrada e poder de mercado –, que podem se mostrar necessários na investigação de outros tipos de condutas. Tal constatação deriva basicamente da ausência de efeitos pró-competitivos e da lesividade patente da conduta. De fato, diferentemente do que ocorre com outras práticas empresariais, acordos entre concorrentes voltados exclusivamente à elevação de preços não são capazes de gerar quaisquer benefícios sociais, servindo apenas para que os agentes econômicos se apropriem ilicitamente da renda dos consumidores”.

com a coordenação, mas que ainda consigam atuar fora dela – caso da **categoria de reações a empresas terceiras (B.3)**.

Novamente, considerando que a análise de integrações verticais, por si só, depende de previsões realizadas pela autoridade antitruste, a suposição de que haverá uma coordenação e que as empresas serão capazes de controlar outros agentes do mercado apresenta dificuldades quanto à comprovação desses quesitos. Por esses motivos, as duas categorias de efeitos coordenados (B.2) e (B.3) tratadas nesse tópico apresentam tão reduzida jurisprudência.

No caso dessa categoria de efeitos (B), o Tribunal do Cade é ainda mais relutante em declará-los quando comparado com os efeitos unilaterais (A). Isso porque a possibilidade de comprovação de que a operação será capaz de facilitar ou incentivar um conluio entre concorrentes é muito baixa. Essa análise depende das condições do mercado, das empresas envolvidas, da atividade praticada, ou seja, de fatores específicos ao caso concreto e à situação mercadológica do momento. De acordo com o Guia de concentrações não-horizontais da União Europeia, uma operação vertical gera redução do número de concorrentes no mercado, e por isso, pode haver um aumento do grau de simetria entre as empresas atuantes no mercado. Além disso, integrar-se verticalmente com uma empresa contrária a uma coordenação já existente no mercado possibilita a imposição a ela desse modelo de mercado acordado entre concorrentes (GUIA, parágrafo 88).

Tratados dos efeitos unilaterais e coordenados, além das características mais gerais dos Atos de Concentração verticais, o próximo capítulo visa apresentar a forma como o Tribunal do Cade tem analisado os efeitos anticompetitivos verticais, por meio de uma análise jurisprudencial dos processos mais relevantes. A seleção dos casos a serem analisados levou em consideração uma maior robustez da argumentação e a presença de efeitos variados, a fim de que todos sejam analisados ao final do trabalho.

3. ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO VERTICAIS MAIS RELEVANTES COM EFEITOS VERTICAIS JULGADOS ENTRE 2014 E 2018

Após a análise dos dados de forma quantitativa no capítulo anterior, a presente seção desse trabalho visa avaliar com maior profundidade os efeitos verticais alegados pelos votos vencedores de alguns dos ACs verticais mais relevantes julgados no período entre 2014 e 2018.

O critério para a escolha dos casos a serem aprofundados foi a presença de uma argumentação bem estruturada no voto, a fim de possibilitar a real análise do caso, e a presença dos diferentes efeitos anticompetitivos abordados no Capítulo 2. Esses casos também têm destaque pela relação entre os efeitos alegados e o resultado obtido pelo julgamento. Ainda, esses casos apresentam relações de mercado diferentes dos mais tradicionalmente avaliados, seja pela quantidade de níveis da cadeia produtiva afetados, seja pela atualidade dos mercados em análise.

Dentre os precedentes que serão analisados, concentram-se a maior quantidade de efeitos de forma que se pode avaliar como o Tribunal do Cade tem analisado cada um deles. São eles: Itaú/XP, Petromex/Petrobrás, JBJ/Mataboi, AC das Editoras, Itaú/Mastercard, AT&T/Time Warner e AC dos Bancos.

Os Atos de Concentração verticais em análise apresentam uma estrutura de efeitos muito diversificada entre si, já que cada caso concreto detém efeitos em diferentes níveis da cadeia produtiva e de diferentes formas. A fim de manter uma análise mais coerente, decidiu-se separar a análise dos casos específicos em três categorias: (3.1.) precedentes com apenas efeitos unilaterais; (3.2.) precedentes com apenas efeitos coordenados; e (3.3.) precedentes com existência de ambos os efeitos unilaterais e coordenados.

3.1. PRECEDENTES COM APENAS EFEITOS UNILATERAIS

Nessa primeira categoria, foram selecionados dois ACs verticais que, apesar de terem sido votados no mesmo ano, apresentaram diferentes configurações de julgamento no voto, no que tange o aprofundamento dos efeitos anticompetitivos decorrentes da operação. Nessa primeira categoria, serão aprofundados os casos Itaú/XP e Petromex/Petrobrás.

O primeiro a ser analisado trata da aquisição pela empresa **Itaú Unibanco S.A.** (“Itaú”) da **XP Investimentos** (“XP”). Apesar de ambas as empresas atuarem no mercado financeiro,

elas têm atividades em nichos diferentes. O Grupo Itaú Unibanco tornou-se um conglomerado de empresas que participam de atividades bancárias e não-bancárias, adquirindo um portfólio amplo com grande capilaridade, conforme citado no voto do Conselheiro relator Paulo Burnier no AC em questão.

Essa ampliação das atividades atuantes, em conjunto com o limitado número de concorrentes no setor bancário, transformou o Grupo Itaú no “maior banco privado do país”⁷¹. A XP Investimentos, por outro lado, foi uma empresa inovadora no mercado de investimentos, apresentando a principal plataforma aberta do mercado. De acordo com o voto relator, a XP traz consigo a ideia de “desbancarização”, ou seja, retirada do poder de mercado de bancos tradicionais para focar em um mercado digital (Voto, parágrafo 35).

A partir dessas características do mercado e dos agentes envolvidos, o Conselheiro definiu como mercado relevante, os seguintes nichos: corretagem de valores, gestão de recursos de terceiros, administração de recursos de terceiros/fiduciária, planos de previdência privada, distribuição de produtos de investimento para o varejo, seguros de vida, seguros habitacionais e corretagem de seguros, todos sob o escopo nacional. Nesse caso, estavam presentes sobreposições horizontais e integrações verticais. Para o presente trabalho, cumpre aprofundar nas integrações verticais com probabilidade de gerar efeitos concorrenciais presentes no caso: (i) reforço de integração entre a atividade de gestão de recursos de terceiros do Itaú e de distribuição de produtos de investimentos da XP; (ii) reforço de integração vertical entre a atividade de emissão de títulos bancários pelo Itaú e a de distribuição de produtos de investimentos pela XP; (iii) reforço de integração vertical entre a atividade de previdência privada do Itaú e a de distribuição de produtos de investimentos da XP⁷².

Esse caso apresenta ainda duas outras particularidades além do caráter oligopolista do mercado bancário. A XP foi considerada pelo Conselheiro como uma *maverick firm*⁷³. Essa característica agravou os possíveis efeitos concorrenciais nos mercados de corretagem e de

⁷¹ Voto Conselheiro Paulo Burnier, parágrafo 22.

⁷² Outras duas integrações verticais foram vislumbradas no caso, porém não teriam possibilidade de gerar efeitos anticompetitivos: (i) reforço de integração vertical entre as atividades de gestão de recursos de terceiros e administração de recursos de terceiros, exercidas por ambas as partes; e (ii) reforço de integração vertical entre a atividade de seguros (vida e habitacional) do Itaú e a de corretagem de seguros da XP. Por não terem sido analisados pelo voto relator quanto aos efeitos, a autora também não analisará essas integrações.

⁷³ Conforme o Guia de Atos de Concentração Horizontal do Cade, as *maverick firms* como “empresas com um baixo custo de produção e uma baixa precificação que força os preços de mercado para baixo ou empresas que se caracterizam por sua inventividade e estimulam a permanente inovação no segmento em que atuam. Nesse sentido, sua presença independente no mercado pode disciplinar os preços das empresas com maior *market share*”. Assim, a XP, apesar de conter baixa participação de mercado, tem capacidade de exercer poder de mercado devido ao baixo preço ofertado ao mercado.

distribuição de produtos de investimento. A segunda peculiaridade se refere ao formato do mercado, que se caracteriza como mercado de dois lados⁷⁴. Esse tipo de mercado tem a capacidade de gerar os chamados efeitos de rede, os quais aumentam barreiras à entrada e auxiliam a manutenção de poder de mercado das empresas⁷⁵.

Considerando essas características, o Conselheiro apresentou um outro lado do mercado, corroborando para a manutenção da concorrência. Elencou-se o chamado *multihoming*. Esse fator seria capaz de diminuir os efeitos concorrenciais advindos do mercado de dois lados, pois trata-se da “atuação simultânea de consumidores e ofertantes junto a várias plataformas”⁷⁶. Apesar dessa possibilidade, o Conselheiro apontou que a capacidade de utilizar diversas plataformas apenas poderia sopesar os efeitos concorrenciais no lado da demanda, ou seja, dos investidores que utilizam a plataforma da XP para realizar aportes financeiros. A XP poderia, contudo, limitar os contratos entre os ofertantes, isto é, dos bancos gestores dos fundos de investimento. Esse ponto enquadra-se na categoria de “Acordos de Exclusividade” (A.3) utilizado como um dos efeitos dessa operação.

Ainda, outro efeito decorrente da operação, que foge às categorias tradicionais, se refere à diminuição da pressão competitiva da XP no mercado. Isso significa que, uma empresa cuja finalidade inicial era a desbancarização, ao ser adquirida por um banco tradicional, pode perder o incentivo de renovar-se e concorrer justamente com o formato mais arcaico de investimentos realizados pelos bancos já bem estabelecidos no mercado. Esse efeito foi integrado na categoria “Outros” (A.4) da tabela, já que se trata de efeito unilateral decorrente do caráter da empresa (considerada *maverick*).

O outro efeito unilateral decorrente da operação que também integra a categoria “Outros” (A.4) se refere ao direcionamento dos clientes do Itaú, que utilizam os serviços bancários tradicionais, para a plataforma da XP. Esse efeito foi enquadrado em categoria diferenciada pois se trata de um direcionamento de serviços a clientes que já se utilizavam de plataformas oferecidas pelo Itaú.

⁷⁴ Conforme definição do Conselheiro Relator no caso em questão, mercado de dois lados “em geral são **plataformas** que unem grupos distintos de consumidores que, por sua vez, interagem entre si”.

⁷⁵ SALOP, Steven. “Invigorating Vertical Merger Enforcement”, Georgetown University Law Center, 2018, p. 3. Trecho original: “However, in our modern market system, vigorous vertical merger enforcement is a necessity, particularly in markets where economies of scale and network effects lead to barriers to entry and durable market power”.

⁷⁶ Voto, parágrafo 229.

Dentre os efeitos mais tradicionais, o Conselheiro elencou a possibilidade de discriminação a montante (A.1.1) e a jusante (A.1.2). No primeiro caso, o Itaú teria incentivos de utilizar apenas a plataforma da XP quando da oferta de produtos de investimentos aos consumidores do Grupo Itaú. Já no segundo caso, a XP poderia limitar os ofertantes (gerenciadores de fundos) apenas ao Itaú. O problema surge devido à importância da XP como canal de distribuidora de produtos de investimentos.

Considerando os efeitos negativos à concorrência, o AC foi aprovado condicionado ao cumprimento de ACC. Os remédios impostos com a função de sanar esses efeitos competitivos foram direcionados às integrações verticais existentes. Como se pode notar, o caso apresenta diversos efeitos que decorrem principalmente das características peculiares dos mercados envolvidos. A preocupação quanto à restrição da inovação por parte da XP, que tinha como função principal a alteração dos ideais tradicionais do sistema bancário, foi um dos efeitos que o Conselheiro Relator visou sanar com maior vigor. Esse caso teve grande repercussão por tratar-se de um mercado ainda em expansão, com pouca jurisprudência que tratasse do tema.

Em contrapartida a esse mercado inovador, o outro AC selecionado para análise ocorreu entre o **Grupo Petrotemex S.A.** (“Petrotemex”) e **Petróleo Brasileiro S.A.** (“Petrobras”). Na operação, a Petromex, uma empresa mexicana que atua na produção de insumos derivados do petróleo, tornar-se-ia a única acionista de duas subsidiárias da Petrobrás (Companhia Petroquímica de Pernambuco (PSUAPE) e Companhia Integrada Têxtil de Pernambuco (CITEPE)). No caso, a PSUAPE produz PTA (*Purified Terephthalic Acid*), principal insumo para a produção de PET (*Polyethulene Terephthalate Resin*), o qual é produzido pela CITEPE. No Brasil, havia apenas duas empresas que produziam PET, a CITEPE e a M&G, sendo que no caso da produção de PTA, a PSUAPE e a Petromex eram as únicas responsáveis pelo fornecimento. Consequentemente, a operação eliminaria uma das fornecedoras de PTA além de verticalizar uma produtora de resina PET.

Assim, a integração vertical resultante da operação seria no mercado de produção de PTA e produção de resina PET, que tem o PTA como insumo. Essa é uma das mais clássicas situações de integração vertical, já que se trata de possibilidade de discriminação a montante, ou seja, com limitação da concorrência a jusante ou possível aumento de custo para concorrentes a jusante. Isso ocorre porque o mercado é extremamente reduzido de rivalidade considerando que há duas produtoras de PET e duas fornecedoras de PTA. Dessa forma, a Conselheira Relatora Cristiane Alkmin compreendeu que haveria incentivo para a limitação do

acesso ao insumo PTA pela Petromex/PSUAPE em relação à M&G, única concorrente da CITEPE, a qual tornou-se verticalizada após a operação.

Nesse caso foi negociado remédio concorrencial de forma a obrigar a empresa resultante da operação de fornecer em quantidades suficientes e em preços pré-determinados o PTA à M&G. Esse ACC foi negociado ainda na SG, mas que pareceu suficiente à Conselheira, que aprovou a operação condicionada ao cumprimento do referido acordo.

A Conselheira Relatora Cristiane Alkmin apresentou o voto de forma mais concisa quando comparado ao voto apresentado pelo Conselheiro Paulo Burnier no caso anteriormente analisado. Algumas hipóteses podem ser levantadas para justificar essa situação. Primeiramente, por tratar-se de mercado mais tradicional, o caso Petromex/Petrobrás trazia problemáticas já consolidadas na jurisprudência do Cade e de outros países, já que os efeitos concorrenciais poderiam ser analisados da forma como prevista em lei e na doutrina clássica do antitruste. Essa conformidade com a doutrina clássica significa dizer que há casos que já foram analisados de forma semelhante e que estudiosos do direito concorrencial foram capazes de prever os efeitos mencionados no caso a um tempo considerável.

No caso Itaú/XP, por outro lado, diversas características como mercado de dois lados e a existência de uma empresa *maverick* tornaram a análise mais complexa, demandando maiores esforços por parte do Tribunal do Cade para identificar quais os efeitos concorrenciais e em qual nível do mercado os efeitos trariam consequências. Assim, o voto relator desse caso precisou definir diversos aspectos do mercado antes de adentrar nos efeitos unilaterais.

Além disso, a relação entre as empresas era diferente nos dois casos em comparação. No caso Itaú/XP, a relação entre as Requerentes se dava por meio de um mercado de dois lados, de forma que os efeitos concorrenciais influenciariam diferentes níveis do mercado. Assim, uma conduta praticada pela empresa que atua como “produtora” (Itaú) nessa cadeia, poderia prejudicar diretamente consumidores por meio da empresa “distribuidora” (XP), sendo verdadeiro também o contrário. Práticas da empresa “distribuidora” poderiam afetar os consumidores mais diretamente mesmo que a conduta fosse direcionada ao mercado a montante.

No caso Petromex/Petrobrás, os efeitos concorrenciais, primeiramente, afetariam o mercado no nível empresarial (diminuição de concorrentes ou aumento do custo destes) para que, devido à diminuição da concorrência, houvesse uma consequência negativa ao

consumidor. O consumidor é prejudicado de forma indireta quando comparado à atuação no mercado de dois lados.

Importante notar, todavia, que ambos os mercados analisados nessas operações funcionam como mercados regulados. Isto é, no mercado bancário, o Banco Central exerce controle sobre as atividades dos integrantes desse nicho e no mercado petrolífero, a Agência Nacional do Petróleo (ANP) funciona como controladora da atividade exercida principalmente pela Petrobrás. Independentemente desse controle, a regulação concorrencial exerce papel relevante justamente porque os mercados envolvidos são de extrema importância ao país, já que representam serviços essenciais à manutenção do mercado brasileiro como um todo.

Assim, o tom dos votos analisados é de conservadorismo em relação à aprovação das operações considerando que os mercados, sem as respectivas aquisições, já são considerados concentrados. No caso da Petrobrás, a empresa atua como monopolista natural em diversos setores da economia petroleira enquanto que no setor bancário, limita-se, no Brasil, à existência de um oligopólio formado por apenas seis empresas no mercado mais tradicional⁷⁷.

Outro ponto a ser apresentado é que ambos os casos foram julgados em 2018, ou seja, a composição do Tribunal do Cade era a mesma no período de análise dos ACs⁷⁸. Mesmo sendo julgados no mesmo ano, os votos, de relatores diferentes, foram muito diferentes quanto à profundidade da análise, conforme já demonstrado anteriormente. Isso mostra que o Tribunal do Cade já apresenta certa maturidade no julgamento de temas mais clássicos, ou seja, detém uma jurisprudência consolidada sobre os efeitos unilaterais apreciados em mercados tradicionais. Por outro lado, ainda tem muito a desenvolver quanto aos novos mercados, principalmente na frente tecnológica, cuja experiência internacional também é defasada devido à rapidez de atualização do mercado. O direito antitruste ainda não conseguiu definir os efeitos decorrentes desses mercados de forma a julgar os casos com maior precisão como o faz em ACs de estruturas já conhecidas pelo Tribunal do Cade.

⁷⁷ Atualmente, empresas em formato digital como a XP e outras tem desestruturado o formato mais tradicional do sistema bancário por meio de plataformas digitais que independem de sedes físicas, mas que tem ganhado espaço no mercado cada vez mais. Contudo, os bancos mais tradicionais ainda se mantêm no mercado principalmente considerando a estrutura concentrada existente. Fonte: **Negócio entre XP e Itaú acende debate sobre desbancarização**. Revista: uol, 2017. Disponível em: <https://jconline.ne10.uol.com.br/canal/economia/nacional/noticia/2017/05/22/negocio-entre-xp-e-itaui-acende-debate-sobre-desbancarizacao-285130.php> Consulta em: 04/09/2019

⁷⁸ Em 2018, os Conselheiros do Cade eram: João Paulo de Resende; Paulo Burnier da Silveira; Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt; Maurício Oscar Bandeira Maia; Polyanna Ferreira Silva Vilanova; Paula Farani de Azevedo Silveira; tendo como presidente Alexandre Barreto de Souza.

Além dos efeitos unilaterais, o próximo tópico analisará casos com a presença de efeitos coordenados. A partir dessa avaliação, será possível realizar uma comparação entre a forma como os efeitos unilaterais e coordenados foram apresentados nos votos.

3.2. PRECEDENTES COM APENAS EFEITOS COORDENADOS

Diferentemente dos casos analisados no tópico de efeitos unilaterais, os ACs que serão avaliados na presente seção foram julgados em períodos diferentes, por relatores distintos. Dessa forma, ficará claro como a análise de efeitos coordenados, que já são considerados mais complexos de comprovação, alterou em um período de apenas dois anos. Nessa segunda categoria, serão analisados os casos JBJ/Mataboi e ACs das Editoras.

O primeiro caso foi julgado em 2016 pelo Conselheiro Relator Alexandre Cordeiro. O AC tratou da aquisição, pela **JBj Agropecuária Ltda.** (“JBj”), da totalidade do capital social da Fratelli Dorazio Investimentos Ltda., atualmente denominada **Mataboi Participações Ltda.** (“Mataboi Par”), e de sua subsidiária integral, a Mataboi Alimentos Ltda. (“Mataboi”)⁷⁹.

Nesse AC, os seguintes mercados relevantes foram aprofundados pelo Conselheiro Relator: mercados de abate de gado nos Estados de Goiás, Minas Gerais e Mato Grosso e de comercialização no atacado de carne bovina *in natura* desossada no Brasil. Apesar de tratar dos mercados, o Conselheiro afirmou que, a inexistência de sobreposições horizontais e a baixa concentração das integrações verticais não poderiam ser considerados motivos para um resultado diferente do que a aprovação sem restrições. Contudo, se considerada a atuação da empresa JBS no mercado, a operação podia significar relevante efeito concorrencial.

A motivação para a preocupação se dá pela existência de vínculos familiares entre os donos das empresas JBJ (coordenada pelo filho José Batista Júnior) e JBS (coordenada pelo pai José Batista Sobrinho). A relação de parentesco motivou o Tribunal do Cade a reprovar a operação pois, um aumento do poder de mercado da empresa JBJ poderia influenciar significativamente o poder de mercado do JBS, de forma a diminuir a concorrência no mercado. Essa diminuição ocorreria devido à possibilidade de troca de informações concorrencialmente sensíveis entre empresas com considerável atuação no mercado. A consequência dessa troca de informações seria a capacidade de verificação dos desvios⁸⁰ (B.1) das empresas coordenadas.

⁷⁹ Voto, parágrafo 1.

⁸⁰ A relação entre a troca de informações sensíveis e verificação de desvios foi apresentada no Capítulo 2.

A JBJ e JBS teriam informações que ampliariam a possibilidade de controlar a oferta e os preços de forma que os consumidores saíam prejudicados.

Ainda, outro ponto levantado pelo Relator tratou da possibilidade de elevação de barreiras à entrada. Essa análise de probabilidade de efeitos anticompetitivos é relevante quando avaliada em conjunto com a ideia de efeito coordenado. Isso porque a comunicação entre empresas e conluio entre JBJ e JBS poderia aumentar a dificuldade de entrada de novos *players* em um mercado que não apresentava novas entradas desde 2014⁸¹. Dessa forma, a conclusão obtida pelo Tribunal do Cade foi de que o aumento de poder de mercado da JBJ seria um aumento implícito de poder de mercado da JBS, a qual utilizaria a proximidade entre os donos para coordenar suas práticas no mercado.

O segundo foi levado a julgamento em 2014 pelo Conselheiro Relator Alessandro Octaviani Luis e tratava da associação entre seis Editoras – **Editora Objetiva Ltda. ("Objetiva")**; **Editora Arqueiro Ltda. ("Arqueiro")**; **Distribuidora Record de Serviços de Imprensa S.A. ("Record")**; **Editora Planeta do Brasil Ltda. ("Planeta")**; **Editora Rocco Ltda. ("Rocco")** e **ublibook Livros e Papéis S.A. ("LP&M")** – e a **DLD Distribuidora de Livros Digitais S.A. ("DLD")** para a realização de distribuição e comercialização de *e-books* (livros eletrônicos) em língua portuguesa no mercado de atacado⁸². O caso foi nomeado, no presente trabalho, como **AC das Editoras**.

Esse caso tratou de três diferentes operações que deveriam ter sido notificadas ao Cade antes de finalizadas, nas quais diversas editoras teriam participação societária em uma empresa distribuidora de *e-books*, estes produzidos pelas próprias editoras. Assim, houve um claro acordo entre diversas concorrentes para integrar o capital social de uma empresa a jusante. Contudo, diferentemente do caso apresentado anteriormente, o Conselheiro Relator traçou uma argumentação defendendo a possibilidade de justificativa econômica para determinados conluios entre concorrentes. A preocupação apresentada seria a de haver uma coordenação entre as editoras por meio da empresa distribuidora.

Como forma de mitigar esse efeito, as empresas envolvidas apresentaram cláusulas contratuais que limitariam o acesso das Editoras às informações repassadas à distribuidora. Um ponto interessante sobre o voto recai na seguinte passagem:

⁸¹ Voto, parágrafo 84.

⁸² Voto, parágrafo 9.

O ato de concentração está sendo analisado conforme a forma de atuação da DLD informada pelas Requerentes, segundo quem o ato de concentração não interferiria nas condições comerciais das editoras. Caso, porventura, venha a se verificar que a DLD vem sendo usada como mecanismo para importar a coordenação das atividades das editoras, nada nesse voto deve ser interpretado como autorização ou permissão para essa prática, devendo a conduta ser apurada em processo administrativo próprio. (Voto, parágrafo 90)

Esse parágrafo confirma que o Relator e a SG-Cade utilizaram como parâmetro para afastar a existência de efeitos coordenados, a forma de negociação de contratos disponibilizada pelas próprias Requerentes. Além disso, o Conselheiro compreende que há real possibilidade de ocorrência de uma coordenação, mas que como não encontrou indícios suficientes para comprovar a probabilidade do acontecimento, alegou que haveria uma apuração de conduta ilícita no caso de coordenação entre as concorrentes. Assim, decidiu pela aprovação sem restrições da operação.

Vê-se, claramente, a diferença de análise entre os dois casos apresentados. No primeiro (JBJ/Mataboi), a reprovação do caso se deu pela existência de um parentesco próximo entre os donos das maiores empresas à época no segmento de carne bovina e essa relação foi suficiente para que a operação não continuasse. No segundo caso (AC das Editoras), as concorrentes no mercado *upstream* atuavam de forma conjunta no capital social de uma empresa no *downstream*, mas que pela possível criação de eficiências por meio dos contratos, o efeito coordenado não foi considerado relevante suficiente para que a operação trouxesse problemas efetivos aos consumidores.

Essa diferença demonstra que, em dois anos, a concepção do Tribunal do Cade acerca dos efeitos coordenados alterou-se consideravelmente, a ponto de haver uma reprovação apenas pela existência de indícios de coordenação. Importante ressaltar que não se trata de juízo de mérito quanto à qualidade dos votos, mas sim em relação à forma como os efeitos coordenados foram abordados nos dois julgamentos.

A fim de completar a análise dos casos específicos, o próximo tópico traz exemplos nos quais foram constatados tanto efeitos unilaterais como coordenados. A ideia é comparar o formato de análise dos dois tipos de efeitos e apresentar algumas diferenças em relação aos votos com alegação de apenas um dos efeitos.

3.3. PRECEDENTES COM EFEITOS UNILATERAIS E COORDENADOS

Nesse tópico serão discutidos casos cujos efeitos unilaterais e coordenados foram analisados pelo Tribunal do Cade. Nesta terceira categoria serão analisados os casos Itaú/Mastercard, AT&T/Time Warner e AC dos Bancos.

O primeiro deles se refere à criação de uma *joint venture* (JV) entre **Itaú Unibanco e MasterCard Brasil** para formar uma nova bandeira para atuar no mercado de rearranjos de pagamento (Voto, parágrafo 1). Considerando-se que o AC trata de um mercado regulado, o Banco Central do Brasil (Bacen) apresentou parecer apontando problemas concorrenciais antes mesmo da análise ser realizada pelo Tribunal do Cade. Esse setor é caracterizado como um mercado de dois lados, conforme já apresentado no caso Itaú/XP (item 3.1). Um ponto relevante desse tipo de mercado se refere à atuação das bandeiras de cartão no setor. Elas são responsáveis pela precificação do serviço tanto em relação ao banco emissor dos cartões quanto em relação aos seus clientes, ou seja, os credenciadores – empresas que fornecem os meios para que o cartão seja utilizado por vendedores e lojistas (caso da Rede, Cielo e outros).

O problema inicial encontrado no caso se referia ao fato de haver, na composição da nova bandeira, a atuação de outra bandeira de cartões já consolidada no mercado nacional (MasterCard). Além disso, considerando que a nova bandeira utilizaria da identidade visual de suas controladoras, havia a possibilidade de tombamento/migração de clientes do banco Itaú ou da Mastercard para essa nova marca. Sabendo desse tombamento, tanto a SG quanto o voto vencedor entenderam que a criação da JV poderia gerar um efeito negativo à concorrência no nível das credenciadoras. Isto é, a nova bandeira tem incentivos de discriminar as credenciadoras que se encontram no mercado a jusante (A.1.2) (a discriminação ocorre no mercado a montante com consequência nos mercados a jusante), ou então aumentar o custo dos concorrentes a jusante (A.2).

Os efeitos decorrentes da operação são plausíveis de ocorrerem no mercado pois, sabendo que o Itaú detém participação da JV, seria de interesse dessa instituição financeira de incentivar a limitação do uso da nova bandeira apenas pela sua própria credenciadora – a Rede (pertencente ao Itaú). Assim, o mercado seria instigado a adquirir as máquinas de cartão dessa credenciadora para atender à bandeira criada pela JV, já que há grande chance de ganhar alta participação de mercado devido ao fenômeno do tombamento explicado anteriormente. Consequentemente, a JV poderia incentivar a discriminação de outras credenciadoras no

mercado de arranjos de pagamento ou então cobrar um valor superior a outras credenciadoras para tornarem-se compatíveis à nova bandeira de cartão.

Outro ponto relevante que foi classificado na categoria “outros” (A.4) de efeitos unilaterais se refere ao possível subsídio cruzado utilizado pelas requerentes. O Itaú, por ser o banco emissor relacionado à JV e também o credenciador por meio da Rede, teria a capacidade de cobrar taxas superiores das credenciadoras, inclusive da Rede, sendo que esta receberia margens de lucro de outras atividades do Itaú para subsidiar seu custo mais alto. Dessa forma, a Rede conseguiria, em um primeiro momento, manter sua participação de mercado e posteriormente aumentar sua atuação já que seu custo seria inferior em relação às outras credenciadoras. Estas teriam de arcar com o aumento do custo de disponibilizar uma nova bandeira e por isso estariam em desvantagem competitiva em relação à Rede.

Diante da complexidade do mercado analisado, o Conselheiro vencedor apontou também dois possíveis efeitos coordenados decorrentes da operação. Primeiramente, alegou-se a possibilidade de conluio entre as principais atuantes no mercado, já que a bandeira criada pela JV estaria negociando preços com todas as credenciadoras do mercado, inclusive a Cielo, que tem como controlador empresa que atua em outros ramos desse mesmo mercado. Assim, a criação de uma JV que incluía *players* relevantes desse mercado pode facilitar a troca de informações no mercado e instigar a definição de preços, mesmo que tacitamente, entre os principais grupos do setor.

Essa possibilidade de conluio entre Cielo e Rede – que negociariam com a nova bandeira da JV – enquadra-se na categoria de verificação de desvios (B.1) utilizada na presente análise. Por uma via interpretativa, pode-se dizer que o Conselheiro cujo voto foi o vencedor nesse caso também alegou que haveria mecanismos de dissuasão (B.2) entre a Rede e a Cielo. Isso porque, por meio de um subsídio cruzado coordenado, as bandeiras Elo (que detém relação com a Cielo), a criada pela JV (relacionada à Rede) e a própria Mastercard (agora com maior relação com a Rede devido a sua participação na JV) poderiam “espremer as margens de lucro das credenciadoras” (Voto, parágrafo 141). Dessa forma, as bandeiras poderiam controlar os valores cobrados pelas credenciadoras sendo possível “punir” aquelas que discordem dos preços impostos. A punição seria por meio da descontinuidade da parceria entre as bandeiras e credenciadoras, estas que não poderiam se manter no mercado sem o contrato com aquelas.

Depreende-se desse caso que os efeitos coordenados alegados pelo voto vencedor foram agravados em decorrência dos efeitos unilaterais presentes. Isso porque a relação vertical criada

pela JV no mercado de dois lados enquadrando uma mesma empresa em diversos setores de uma mesma cadeia de mercado. Assim, a possibilidade de verticalizar-se e utilizar a posição dominante em um elo da cadeia como incentivo à dominância em outro criaria uma empresa que concorreria de forma semelhante a outra potência no mercado (no caso, Elo/Cielo), diminuindo a participação de outros *players* não verticalizados. O receio nessa operação se tratava da criação de um gigante no mercado bancário, que já detém concentração muito elevada no Brasil.

Considerando os efeitos concorrenciais apresentados, o AC foi aprovado mediante cumprimento de ACC entre as requerentes e o Cade, tendo como principal finalidade evitar o possível subsídio cruzado decorrente da operação, o que despontaria todos os efeitos já apresentados.

O segundo caso a ser analisado se refere à aquisição da **Time Warner** pela **AT&T**. O Conselheiro Relator sintetizou o caso da seguinte forma:

No Brasil, segundo as Requerentes, a operação resultará essencialmente em uma relação vertical entre as atividades de programação de canais de Televisão por Assinatura do Grupo TW e os serviços de televisão por assinatura via satélite prestados pela Sky, empresa do Grupo AT&T (Voto, parágrafo 12).

O presente caso detém um fator relevante para análise anterior à própria conclusão do Cade. O mercado em discussão tem uma regulação estatal por dois diferentes órgãos: Agência Nacional das Telecomunicações (Anatel) e Agência Nacional de Cinema (Ancine). O controle existente nesse nicho de mercado demonstra que a atividade tem relevância para a economia nacional. Assim, a análise pelo Cade depende anteriormente de uma análise de aprovação por esses órgãos. Nessa operação, a Anatel apresentou medida cautelar para proibir a troca de informações concorrencialmente sensíveis ou celebração de contratos com a Time Warner.

Vê-se que desde a análise na Anatel já se previa efeitos concorrenciais. A Ancine, da mesma forma, entendeu que haveria preocupações concorrenciais decorrentes da integração vertical formada entre as Requerentes. Importante notar que uma das principais preocupações se dá pelo formato desse mercado na economia. Atualmente, as empresas de televisão, produtoras de conteúdos e distribuição destes, estão convergindo com a atuação de empresas de telefonia. Assim, os pacotes oferecidos em mercados de TV a cabo podem incluir também serviço de telefonia fixa, telefonia móvel e banda larga. Essa relação entre os *players* do mercado transformou o foco de análise concorrencial para o acesso a conteúdo.

A preocupação levantada gira em torno do acesso à infraestrutura pelos concorrentes. Isto é, quando uma empresa de distribuição de sinal de televisão torna-se verticalizada com uma empresa que produz o conteúdo assistido pelo consumidor ou que oferece serviço de comunicação, há grande possibilidade de a empresa detentora de infraestrutura feche o mercado para outras empresas que necessitam realizar a distribuição do seu conteúdo⁸³.

Outras características desse mercado merecem atenção. No caso de licenciamento de canais, realizado no presente caso pela Time Warner, há diversas condições impostas pelo licenciador inerentes à negociação de contrato com operadores de TV por assinatura, nessa operação a SKY – empresa do grupo AT&T. Essas obrigações geram a criação do efeito de empacotamento dos canais, ou seja, a operadora de TV fica condicionada a criar pacotes dependendo da atratividade de alguns canais específicos de forma a aumentar o número de assinantes daquela combinação. Assim, o consumidor é atraído por aquele tipo de pacote que contém os canais de seu interesse, tendo de adquirir, em conjunto, outros canais a ele não muito relevantes, geralmente da mesma programadora daquele canal objetivado.

Considerando as características desse mercado, um dos efeitos unilaterais alegados pelo Conselheiro ocorre na discriminação pela SKY no mercado *downstream* de operadoras de TV por assinatura, com consequências no mercado *upstream*, havendo limitação do acesso de concorrentes da Time Warner à plataforma de distribuição da SKY (A.1.2). O *player* no mercado a jusante poderia optar por não distribuir canais de concorrentes a montante.

Esse efeito decorre da possibilidade de pequenas programadoras não serem capazes de concorrer com programadoras com renome devido à maior publicidade, não sendo assim rentável às operadoras de TV a contratação com essas empresas menores. Isso porque, com a criação dos pacotes de programas, um consumidor geralmente interessado nas marcas já conhecidas pode não querer adquirir outros canais por ele desconhecidos, mas que são “impostos” nos pacotes pelas operadoras.

Outro efeito concorrencial apontado tratou da discriminação a montante com impactos a jusante (A.1.1). A Time Warner pode escolher atuar apenas com a SKY, de forma que as

⁸³ O Conselheiro, no parágrafo 140, do Voto afirma que: “Assim, essa dupla dimensão das integrações verticais em indústrias de rede demonstra a complexidade de se preservar a concorrência e estabelecer políticas públicas nesses setores da economia. Muito embora as integrações verticais sejam admitidas na política de defesa da concorrência - uma vez que podem gerar eficiências para os consumidores -, deve-se analisar os possíveis efeitos negativos da prática. Nesse sentido, diga-se por imperioso, uma integração vertical em si não é um problema concorrencial. O que é problemático é quando a estrutura verticalizada utiliza de seu poder de mercado para realizar condutas anticompetitivas injustificáveis contra seus concorrentes”.

outras operadoras não tenham acesso ao conteúdo produzido pela programadora em questão. Por se tratar de canais reconhecidos pelos consumidores, a perda desse conjunto de canais pode desviar consumidores a adquirirem apenas pacotes da SKY, havendo assim fechamento de mercado. Outra conduta resultante dessa integração pode ser o aumento de preço dos canais a outras operadoras que não a SKY, fechando-se o mercado devido ao aumento de custo dos rivais da operadora verticalizada⁸⁴.

Além dos efeitos unilaterais apontados anteriormente, o Tribunal do Cade definiu que havia também preocupações quanto à possibilidade de coordenação entre as programadoras de canais. A Time Warner poderia comunicar-se com outras programadoras por meio da SKY. A preocupação do Conselheiro estava focada na relação entre a licenciadora Requerente e o Grupo Globo, este que detém 7% das ações da SKY. O Grupo representa um produtor de conteúdo televisivo relevante no Brasil, e detém participação societária também em outra operadora brasileira concorrente da SKY, a NET. Estas duas são consideradas as maiores operadoras no mercado brasileiro, de forma que a participação do Grupo Globo em ambas pode trazer um fluxo de informações sensíveis entre as duas operadoras. Esse fluxo resultaria em uma verificação de desvios (B.1).

Outra preocupação também se dá pela extrema verticalização desse mercado. Considerando que a NET e o Grupo Globo são verticalizados (por meio da Telecom Américas que atua como Claro, Embratel e NET), a integração da Time Warner com a SKY cria outra grande potência nesse ramo de TV por assinatura, de forma que se criam barreiras à entrada de novos *players* que não tem estrutura suficiente para competir com esses entes. Assim, o Conselheiro em seu voto apontou que:

Portanto, a presente operação poderá proporcionar: (i) fluxo de informações entre TW e SKY, que se somará ao já presente fluxo de informações entre Globo e SKY e Globo e NET, tornando o mercado mais transparente para essas empresas; (ii) aumento da simetria entre TW/SKY de um lado e Globo/Telecom Américas (Claro/Embratel/Net) de outro e, (iii) aumento de barreiras à entrada e custos de rivais por meio de possíveis condutas discriminatórias já descritas neste voto. (Voto, parágrafo 156).

Vê-se que nesse caso, as preocupações concorrenciais abarcaram tanto efeitos unilaterais como coordenados. O Conselheiro Relator apresentou uma delimitação e

⁸⁴ No Voto, o Conselheiro Relator abordou esse fechamento do mercado a jusante da seguinte forma: “a possibilidade de fechamento do mercado de operação de TV por Assinatura, por meio do direcionamento dos conteúdos da TW para a Sky, acarretando prejuízo ao demais agentes do mercado de operação”. Considerando que o Conselheiro utilizou o termo “direcionamento” e não um sentido de discriminação ou exclusão de forma explícita, entendeu-se que o direcionamento pode ser desde o licenciamento exclusivo para a SKY até uma alteração dos valores dos canais para as concorrentes no mercado *downstream* em relação ao valor apresentado à SKY.

justificativa da existência dos efeitos de forma clara e consistente. Contudo, cumpre destacar que os mercados relevantes foram definidos e analisados também por mérito das agências reguladoras que apresentaram diversas observações quanto à classificação do mercado e suas nuances. Essa conexão entre órgãos é um ponto observado no voto do Relator, de forma que fica clara essa interdependência, principalmente em cenários econômicos mais complexos.

Outro caso com relevantes efeitos anticompetitivos alegados pelo relator trata da criação de uma *joint-venture* entre **Banco Bradesco S.A., Banco do Brasil S.A., Banco Santander (Brasil) S.A., Caixa Econômica Federal e Itaú Unibanco S.A.** para um *bureau* de crédito (“Gestora de Inteligência de Crédito” ou “Gic”)⁸⁵ – esse caso foi nomeado no presente trabalho como **AC dos Bancos**. A ideia da *joint-venture* seria a de consolidar dados referentes a cadastros negativos – bancos de dados que contêm apenas registros de inadimplência, sendo as informações do consumidor apagadas após a quitação – e cadastros positivos – histórico financeiro completo do agente, independente da quitação da inadimplência.

Esse mercado funciona como um mercado de dois lados, da mesma forma como a operação entre Itaú/XP conforme já apresentado no presente capítulo. Isso porque as instituições bancárias fornecem informações ao Gic e este apresenta o banco de dados organizado às instituições bancárias. Consequentemente, na análise de efeitos deve haver delimitação de qual papel cada um dos agentes está atuando na relação econômica.

Primeiramente, dentre os efeitos unilaterais, em relação ao produto de cadastro negativo, o Conselheiro analisou as Requerentes no mercado a montante e a Gic, a jusante. Nesse caso, as Requerentes teriam incentivos de fechar o mercado a montante, com consequências a jusante, se discriminassem concorrentes da Gic (A.1.1), ou seja, disponibilizassem informações bancárias apenas a esse *bureau* de crédito. O outro efeito unilateral analisado pelo Relator merece destaque pois depende da concretização desse primeiro efeito analisado.

Isso porque, caso as Requerentes tivessem a capacidade de restringir o mercado de *bureaux*, a Gic terá poder de mercado, a ponto de limitar a quantidade de agentes que contém as informações financeiras dos bancos. Se apenas uma gestora de informações de crédito detém

⁸⁵ O voto do Conselheiro relator apresentou uma síntese das motivações pela criação da *joint-venture* pelos Bancos “A criação da Gic seria motivada pela necessidade de implementação de uma base de dados ampla que permita uma avaliação robusta do risco de crédito de pessoas físicas e jurídicas. Como justificativa para a formação de uma *joint-venture*, as Requerentes alegaram o interesse mútuo na redução da inadimplência, na inclusão financeira de toda a população e ao êxito de experiências internacionais similares a esta iniciativa. Ademais, a Gic buscará adotar as melhores práticas de governança de forma a garantir sua total independência em relação a seus acionistas” (Voto, parágrafo 4).

os dados para vender aos Bancos, arrisca-se fechar o mercado de fornecimento desses dados a montante, devido a uma prática a jusante (A.1.2). Por outro lado, a Gic poderia também fechar o mercado a montante se considerado que os bancos são consumidores das informações consolidadas vendidas pelo *bureau* de crédito. Assim, haveria uma outra forma de realizar discriminação a montante (A.1.1).

Em relação ao cadastro positivo, há uma diferença mercadológica. Segundo o Conselheiro, no Brasil, o cadastro positivo ainda não é uma prática comum, de forma que qualquer fechamento de mercado em relação à criação de compiladores desses tipos de dados seria economicamente inviável. Contudo, apesar dessa ressalva, o Conselheiro argumentou, no mesmo sentido do que o caso do cadastro negativo, de que se os bancos discriminassem clientes gerenciadores de crédito no mercado a jusante (ou seja, se concentrassem os dados apenas à Gic), os bancos poderiam obter as informações apenas da Gic, havendo discriminação no mercado a jusante com impactos no mercado a montante (A.1.2). Por fim, a Gic poderia também se recusar a repassar informações a outras instituições financeiras que não aquelas que a proveem de dados, gerando uma discriminação a montante (A.1.1).

Até o momento tratou-se apenas de discriminação de concorrentes, porém é importante ressaltar uma diferença linguística realizada na análise desse voto. Até o momento tem-se utilizado discriminação como uma recusa de venda a concorrentes, ou seja, como uma especificação de efeito unilateral caracterizado pelo fechamento de mercado. No voto o Conselheiro utilizou a palavra “discriminação” de forma ampla, abarcando os efeitos decorrentes tanto da discriminação (eliminação de concorrentes do mercado) como do aumento de custo de rivais⁸⁶. Consequentemente, os efeitos concorrenciais tanto no mercado de cadastro positivo quanto no de cadastro negativo, seguem a mesma lógica para o aumento de custo de rival (A.2). Assim, a discriminação a montante (A.1.1) significa que houve aumento de custo a jusante (A.2.1) e vice-versa, conforme já abordado no Cap. 2.

Por fim, o Conselheiro avaliou também os possíveis efeitos coordenados do caso. Mais uma vez, conforme já apresentado na operação Itaú/XP, o mercado financeiro brasileiro é extremamente concentrado com um número de *players* muito reduzido. Como consequência, qualquer forma de contato entre as poucas empresas do mercado pode gerar uma colusão. Assim, a criação da Gic pode ser uma plataforma de comunicação entre os bancos que a

⁸⁶ Voto, parágrafo 51 “Ainda que não haja recusa total, mas mera discriminação, seja por meio de custos elevados ou atrasos nos repasses das informações, a prática teria o potencial de afetar a dinâmica concorrencial”.

instituíram, de forma que haja verificação de desvios entre eles (B.1). A transparência de informação, que aparece como objetivo da criação da *joint-venture*, pode ser também um grande influenciador para a coordenação entre as instituições envolvidas. Apesar do efeito concorrencial apresentar-se razoavelmente complexo, o Voto foi sucinto, sem maior desenvolvimento quanto às provas da possibilidade da ocorrência desse conluio.

Em análise comparativa aos casos apresentados nesse tópico, é possível extrair alguns comentários. Primeiramente, cumpre notar que apesar do setor bancário ser regulado, não houve menção ao Banco Central no Voto. Por outro lado, no caso AT&T/Time Warner ambas a Anatel e Ancine apresentaram pareceres e foram citadas no voto inclusive contendo informações relevantes para a compreensão do mercado em análise.

Além disso, considerando que o caso das programadoras/operadoras de TV à cabo ocorreu à nível mundial, percebe-se uma análise mais refinada dos efeitos concorrenciais existentes do que no caso dos Bancos. Vale dizer que este não é um juízo de valor, mas considerando que o mercado financeiro, nesse caso, não apresentava maior repercussão em nível internacional, o voto foi mais conciso em relação às análises.

Quanto aos efeitos unilaterais, os três casos tiveram as integrações verticais e os efeitos decorrentes delas muito bem delimitadas, sendo possível demonstrar que o Tribunal do Cade já detinha grande desenvoltura para analisar integrações verticais em 2016 (ano de julgamento do AC dos Bancos). Em relação aos efeitos coordenados, por outro lado, tanto o Voto AT&T/Time Warner quanto o voto Itaú/MasterCard debruçaram-se mais sobre o mérito desse efeito, apresentando uma conexão entre as motivações que levaram a crer que poderia haver coordenação. No Voto do AC dos Bancos, a justificativa foi mais sucinta, sem adentrar nos detalhes da possibilidade de coordenação, nem mesmo na forma de administração da *joint-venture* criada.

Pode-se concluir que, em relação aos efeitos unilaterais, distinguiu-se a linguagem utilizada, já que nos dois primeiros casos, os votos foram claros em relação aos tipos de efeito que seriam gerados devido à integração vertical, delimitando quando haveria aumento de custos de rivais ou discriminação de concorrentes. No último caso, no entanto, utiliza-se uma linguagem mais generalizada, que confunde gênero e espécie de efeitos (fechamento de mercado, discriminação e aumento de custo de rivais).

Em relação aos efeitos coordenados, apenas o primeiro caso (Itaú/MasterCard) apresenta preocupações mais bem definidas. Os outros dois votos são vagos quanto ao real efeito decorrente da colusão de empresas. A coordenação foi apontada como um efeito pelo mesmo motivo, o uso da empresa adquirida (SKY) ou criada (Gic) como meio para a coordenação entre as empresas que atuam por meio delas. Contudo, o resultado dessa coordenação não foi apresentado de forma explícita. Conforme já apresentado no Cap. 2, nos casos em que foi citado o compartilhamento de informações entre as empresas, adotou-se como efeito a verificação de desvios (B.1). Assim, nesses dois últimos casos, para fins de uniformização, utilizou-se o efeito citado, porém, em realidade, nenhum deles realmente apresenta os efeitos coordenados decorrentes da operação.

CONCLUSÃO

O Tribunal do Cade tem ampliado seu escopo de análise de Atos de Concentração verticais no período entre 2014 e 2018. Por meio de uma consolidação dos precedentes cujos efeitos anticompetitivos, decorrentes de integrações verticais, foram apontados pelos votos vencedores no Tribunal do Cade, foi possível definir quais os principais efeitos alegados pelo órgão antitruste brasileiro.

Conforme o estudo apresentado, nos anos de 2016 e 2018 o Tribunal do Cade pôde identificar uma maior quantidade de efeitos decorrentes de integrações verticais, sejam unilaterais ou coordenados, nos mercados a montante e a jusante. Porém, mesmo com o aumento de efeitos identificados, não se pode concluir que há um padrão cronológico em relação aos tipos de efeito analisados, pois esse dado depende de variáveis externas ao Tribunal do Cade.

Entretanto, a análise de efeitos em diversos nichos da cadeia produtiva é um indicativo de que o Tribunal do Cade se apresenta mais elucidado para avaliar relações de maior complexidade no mercado, considerando o período de 2014 a 2018 em estudo. Esse preparo pode advir da consolidação de uma jurisprudência com argumentação mais desenvolvida; do aumento de estudos e análises de juristas e economistas sobre a nova Lei e sobre a realidade do mercado brasileiro; ou mesmo maior conhecimento e *background* acadêmico de Conselheiros no âmbito do direito concorrencial.

Em relação aos efeitos em si, constatou-se que a maioria dos casos julgados apresenta efeitos unilaterais decorrentes de discriminações **a montante** com consequências no mercado a jusante (A.1.1). Esses casos são os mais tradicionais, pois esse formato de relação entre empresas tende a diminuir os custos de transação das Requerentes.

O direcionamento do fornecimento de produtos a um mesmo cliente simplifica as negociações necessárias para a atividade empresária e reduz o custo de transporte da mercadoria, de forma a gerar diversas eficiências à empresa no mercado *upstream*. Contudo, apesar de gerar eficiências, as integrações podem revelar-se preocupantes a ponto de as eficiências não serem suficientes para suprir o fechamento de mercado advindo da operação. A percepção, pelo Tribunal do Cade, de que a discriminação a montante pode gerar prejuízos

relevantes à concorrência é fruto desse amadurecimento do Plenário já comentado anteriormente.

Os efeitos coordenados identificados nos ACs em análise também merecem atenção. O Tribunal do Cade, ao longo dos anos analisados, pôde alegar a existência de efeitos coordenados em diversos ACs, o que pode ter sido fruto de maior experiência internacional e nacional no assunto. Contudo, apesar de haver menção aos efeitos coordenados, grande parte dos votos ainda pecam ao analisar as especificidades desses efeitos, isto é, ainda há uma confusão em relação àquilo considerado efeito anticompetitivo e a conduta que gera esse efeito. Isso ficou comprovado com a necessidade de adaptar a classificação do efeito de verificação de desvios (B.1) alegados nos votos, já que os Conselheiros apontavam pela existência de “troca de informações concorrencialmente relevantes” e não do efeito decorrente da integração vertical em si.

Nesse ponto, o Tribunal do Cade ainda tem muito a desenvolver, já que a alegação de existência de efeitos coordenados não pode ocorrer de forma negligente (sem compreender o que se caracteriza como efeito e o que é a possível conduta a ser realizada pelos agentes econômicos) mas também não pode passar despercebida (a incompreensão dos efeitos coordenados não pode gerar uma dificuldade de identificação destes). Assim, o Tribunal do Cade deve debruçar-se mais sobre o tema, para compreendê-lo e melhor identifica-lo nos casos vindouros, a fim de evitar a existência de colusão entre empresas, capazes de gerar outras condutas anticompetitivas, como o cartel.

Além disso, considerando os precedentes trazidos no capítulo 3 desse trabalho, vê-se que o Cade ainda não tem um padrão de análise dos casos, já que a mudança de Conselheiros Relatores diferencia consideravelmente a forma de avaliar os efeitos verticais. Cumpre novamente ressaltar que não se faz um juízo de valor quanto ao resultado do caso – se o caso deveria ter sido aprovado ou não –, mas sim, do modo como os efeitos são disponibilizados nos votos.

Por outro lado, a identificação de uma maior variedade de efeitos nos casos julgados a partir de 2016 reflete a maior capacidade de identificação de problemas concorrenciais pela autoridade antitruste, o que tem sido essencial para o desenvolvimento da argumentação jurídica sobre os possíveis efeitos negativos à concorrência das operações.

Apesar de a identificação de efeitos pelos Conselheiros ter aumentado no período estudado, ainda há um longo caminho para a otimização dessa análise. O fato de ainda não haver um padrão de análise pela autarquia acaba gerando insegurança jurídica para os agentes de mercado, já que não se pode prever quais tipos de relações verticais serão consideradas problemáticas e quais efeitos podem ser identificados.

Um possível encaminhamento para fins de solidificar a compreensão sobre os efeitos verticais em ACs seria a criação de um guia para atos de concentração não-horizontais, nos moldes dos guias europeu e americano, a fim de prever os efeitos mais comuns decorrentes das integrações verticais e relações conglomerais, além de apresentar diversos tipos de estruturas econômicas e cadeias produtivas com a finalidade de padronizar os julgamentos do Cade e facilitar a identificação de efeitos não-horizontais negativos à concorrência nas operações notificadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 12.529**, 2011, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 15/09/2019.

BRASIL. **Lei nº 8.884**, 1994, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em 15/09/2019.

CADE, **Guia de Remédios Antitruste**, 2018. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf. Acesso em: 13/07/2019.

CADE, **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em 13/07/2019.

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.001015/2004-08**. Requerentes: Petróleo Brasileiro S.A., White Martins Gases Industriais Ltda e Petróleo Gás S.A., Relator Conselheiro Paulo Burnier, julgado em 07/12/2016.

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.003065/2012-21**. Requerentes: Associação Nacional dos Exportadores de Suco Cítricos e Sociedade Rural Brasileira, Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, julgado em 19/02/2014.

CADE. **Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47**. Requerentes: Bromisa Industrial e Comercial Ltda., ICL Brasil Ltda. e Fosbrasil S.A., Relatora Conselheira Ana Frazão, julgado em 10/12/2014.

CADE. **Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49**. Requerentes: Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company, Relator Conselheiro Paulo Burnier, julgado em 07/02/2018.

CADE. **Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14**. Requerentes: AT&T Inc. e Time Warner Inc., Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos, julgado em 18/10/2017.

CADE. **Ato de Concentração nº 08700.002792/2016-47**. Requerentes: Banco Bradesco S.A.; Banco do Brasil S.A.; Banco Santander (Brasil); Caixa Econômica Federal; Itaú Unibanco S.A., Relator Conselheiro Paulo Burnier, julgado em 09/11/2016.

CADE. **Ato de Concentração nº 08700.004163/2017-32.** Requerentes: Grupo Petrotemex, S.A. de C.V. e Petróleo Brasileiro S.A., Relator Conselheira Cristiane Alkmin, julgado em 07/02/2018.

CADE. **Ato de Concentração nº 08700.004431/2017-16.** Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e XP Investimentos S.A., Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 14/03/2018.

CADE. **Ato de Concentração nº 08700.004872/2013-94.** Requerentes: Editora Objetiva Ltda., Editora Arqueiro Ltda. e Distribuidora Record de Serviços de Imprensa S.A., Relator Conselheiro Alessandro Octaviano Luis, julgado em 14/05/2014.

CADE. **Ato de Concentração nº 08700.004957/2013-72.** Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Bayer S.A., Relator Conselheiro Alessandro Octaviani, julgado em 22/01/2014.

CADE. **Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65.** Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e ALL – América Latina Logística S.A., Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos, julgado em 11/02/2015.

CADE. **Ato de Concentração nº 08700.007553/2016-83.** Requerentes: Mataboi Alimentos Ltda. e JBJ Agropecuária Ltda., Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro, julgado em 18/10/2017.

CADE. **Ato de Concentração nº 08700.007777/2017-76.** Requerentes: Praxair, Inc. e Linde AG, Relator Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia, julgado em 13/06/2018.

CADE. **Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10.** Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e MasterCard Brasil Soluções de Pagamento Ltda., Relator Conselheiro Paulo Burnier, julgado em 11/05/2016.

CADE. **Ato de Concentração nº 08700.009731/2014-49.** Requerentes: Telefónica S.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A. e Mediobanca S.p.A. e Ato de Concentração nº 08700.009732/2014-93. Requerentes: Telefônica Brasil S.A., Telefónica S.A., GVT Participações S.A. e Vivendi S.A., Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25/03/2015.

CADE. **Ato de Concentração nº 08700.010266/2015-70.** Requerentes: Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e SiCBRAS Carbetto de Silício do Brasil Ltda., Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro, julgado em 13/04/2016.

CADE. **Histórico de autoridades do Cade 1963-2019**, 2019, disponível em <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/autoridades-do-cade-desde-1963.pdf>. Acesso em 20/09/2019.

ESTADÃO. **Negócio entre XP e Itaú acende debate sobre 'desbancarização'**, 22/05/2017, Economia-Nacional.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas**, 1ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**, 2012, Editora Saraiva, São Paulo/SP, 3ª Ed.

HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise: principle and execution**, 2005, HARVARD UNIVERSITY PRESS, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1ª Ed.

LANGENFELD, James. **The need to revise the U.S. non-horizontal merger guidelines**, 2016, Concurrences N° 4-2016, On Topic, What is Trump Antitrust? Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2018/08/ftc-2018-0053-d-0015-154987.pdf. Acesso em 20/09/2019.

OECD. **Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law**, 2002. Disponível em: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>. Acesso em 20/09/2019.

SALOP, C. Steven. **Modernizing the vertical merger guideline**, 2019, CPI Antitrust Chronicle, Competition Policy International.

SALOP, Steven. **Invigorating Vertical Merger Enforcement**, 2018, Georgetown University Law Center. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3020&context=facpub>. Acesso em 20/09/2019.

UNIÃO EUROPEIA. **COMMISSION NOTICE on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law**, 09/12/1997. Disponível em [https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):EN:HTML](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):EN:HTML). Acesso em: 17/09/2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas**,

18/10/2008. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&from=EN). Acesso em 10/07/2019.

US, DOJ. **Non-Horizontal Merger Guidelines**, 1984. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/page/file/1175141/download?mkwid=c>. Acesso em: 10/07/2019.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**, 9ª Ed., Nova York: Oxford University Press, 2018.